Wilhelm Ludwell

Rechts = Aussprüche und Belehrungen

1712

Bavar. 5197 a

Jöcher II, 2589
Lipenius II 205 kennt nur eine lateinische Ausgabe!

…ber Leisten
…uar
…Höhle 6

<36627980190018

<36627980190018

Bayer. Staatsbibliothek

Sambt und Sondere

Rechts-Aussprüc

und

Belehrungen

über

Verschiedene und rare Rechts-Fäl

Von dem ehemahlen Hoch-Beruffenen

Rechts-Gelehrten und Professore,

Der Weit-Berühmten

Universität Altdorff/

WILHELM LUDWELL, I

Der Posteritæt nach seinem Seel. Hintritt überlassen

und

mit Fleiß vor dießmahl am ersten zum Druck befördert

und publicirt.

Nürnberg und Brün/

Bey Georg Lehmann / Buchh.

Anno 1712.

2.

Bayerische
Staatsbibliothek
MÜNCHEN

07/04/102

Index ſpecialis.

Folio.

1. Eine Heyraths-Abrede. 1
2. Caution ſo wegen eines Fideicommiſs zu leiſten. 7
3. Hereditas ab inteſtato an ad uxorem, vel defuncti agnatos pertineat. 9
4. Zwo Quæſtiones, ob die Gewinnung in währender Ehe gemein / oder dem Mann gehörig? Und ob eine Frau ſolcher Gewinnung zu begeben und dem Mann überlaſſen könne? 10
5. Alius Caſus de pactis Dotalibus 14
6. Eine Erbſchafft betreffend 17
7. Legatum Conditionatum 21
8. Drey Quæſtiones wie es mit der Nahrung / zwiſchen Vatter und Kindern / nach abſterben der Mutter zu halten? 24
9. Eine ſtrittige Heyraths-Abred und Kinder Voraus 30
10. Reſtitutio in integrum. 35
11. An fidei commiſſum familiæ ad Fratris deſcendentes tantum, aut ſimul ad Collaterales pertineat? 44
13. Diſpoſitio paterna cum Conditione. 51
14. Erbſchafft in einer Handlung 52
15. Diſpoſitio inter liberos, quæ ſaltem Schedula ſine hæredum inſtitutione facta eſt. 53

16. Hæ-

Folio

16. Hæreditas avita. . 64
17. Dispositio nuncupativa, coram sex Matronis nobilibus, tempore pestis, an valeat? 65
18. An Maritus ob malitiosam disertionem sit exheredandus. 72
19. Stritt eines Testaments welches ein Soldaten Jung von 18. Jahren für 5. Zeugen auffgericht. 73
20. Casus eine Inventur und Nachsteur betreffend 75
21. Eine strittige Erbschafft 78
22. Ein fidei commissum conditionatum kan keinem andern verschafft werden. 83
23. Quæstio: Als zween Brüder verstorben / welche keine Noth-Erben / sondern auff einer Seiten ihres Vatters Schwester Kinder von beeden Banden: uf der andern Seiten aber des Vatters Schwester von einem Band hinterlassen / welchen Theil die Erbschafft ab Intestato gehöre. 84
24. Ob das Testament / nachdem der eingesetzte Erb vor dem Testierer verstorben / juxta Reformationem Noricam gültig seye? 88
25. Was in einem Testament durch das Wort Kinder zu verstehen? 90
26. Casus da einer eine Ehe per atroces Injurias erzwingen wollen. 92
27. Quæstio: Ob jemand seines verstorbenen Stief-Sohns hinterlassene Wittib zu heyrathen befugt. 98
28. Ob einer seines Verstorbenen Weibs Bruders Tochter heurathen dörffe? 102

Folio

29. Ob einer seines Verstorbenen Weibs Stief-Bruders Tochter zu heyrathen befugt sey. 104
30. Consilium nervosum Domini Doctoris Waltheri super Quæstionem: Ob einer seines Verstorbenen Weibs Bruders Tochter von halber Geburth/ wo res nicht mehr integra per dispensationem heurathen dörffe. 107
31. Separatio Conjugum quoad mensam & torum 119
32. Quæstio: Ob einer/ der eine Geschwängerte doch unwissend geheurathet/ schuldig sey dieselbe zu behalten. 120
33. Casus beschuldigten/ aber unerwiesenen Ehebruchs. 121
34. Casus commissi Adulterii 126
35. Alius Casus in crimine Adulterii. 133
36. Casus duplicati Adulterii. 134
37. Adulterii iterati pœna, ejusdemque præscriptio. 135
38. Casus wegen vorgangener Schlägerey. 139
39. Casus wegen verlohrnen Gelds/ annexa hac Quæstione: an injuria defuncto illata ab heredibus vindicari possit? 140
40. Casus da ein Vatter seinen Sohn mit dem Brod-Messer gestochen/ daß Er nach 3. Wochen gestorben? 141
41. Casus in crimine furti & Comminationis 144
42. Casus in crimine Veneficii 147
43. Discursus juridicus Domini D. Heideri in casu insimulati Veneficii & incestûs 150
44. Quæstio: Ob eine Geistliche Person so die ältest im Geschlecht das Majorat und Vorschickung geniessen könne? 155

Folio

45. Feudum apertum. 163
46. Quæstio feudalis propter successionem 164
47. Quæritur an Feudum in casu extremæ necessitatis possit alienari? 168
48. Erläuterung eines responsi in re feudali 169
49. Consilium über einen Baustritt. 173
50. Magistratûs municipalis resignatio Officii ex indignatione erga Principem 174
51. Quæstio: uff was Weise die verweigerte Quitung über die abgelegte Ambts-Rechnungen zu begehren. 175
52. Quæstio: Ob ein Glaubiger sich an das ihme verschriebene Unterpfand halten könne? 177
53. Debitum so einem Juden zugesprochen wird. 178
54. Eine Schuldsach. 179
55. Res monetaria. 183
56. Fidei Commissum an Furioso competat 186
57. Quæstio: An Soror sanæ mentis Sorori mente captæ in possessione Bonorum præferenda 196
58. Depositum 197
59. An Vidua propter secunda Vota ihres Kinds-theils verlustiget. 198
60. De Jure Prioritatis in Venditione Bonorum 201
61. Ob die Erbschafft so der Stief-Mutter vermacht / von den nächsten Erben könne angefochten werden? 205
62. Ein Prælegat oder Verschickung kan nicht alienirt werden. 211

Folio

63. Ob ein Garten/ der ein Mütterliches Erb ist/ und vom Vatter wieder der Kinder Willen verkauffet worden/ zu vindiciren 212
64. Casus Adulterii ejusdemque pœna 213
65. Quæstio de pastore removendo ob dissolutam Vitam 214
66. Inquisitio wegen eines verstorbenen Kinds/ deme vermuthlich Gifft beygebracht worden 215
67. Casus in crimine furti, an persona suspecta torturæ subjiciendum 216
68. De Fori competentia seu Judice competente 224
69. Disputirliche Jurisdiction eines Meyerhoffs 227

Ferner
Mantissæ Loco.

70. Ein Prioritæt-Streit 230
71. Ein Infam-Streit über einen Hund/ den uf befehl des Meisters der Schneiders-Jung ins Wasser geworffen 234
72. Ob die Ehe in tertio gradu Cognationis, lineæ inæqualis: Item ob solche in secundo affinitatis gradu lineæ œqualis zu lösen? 237
73. Casus da einem seines verstorbnen Weibs Schwester zu heurathen dispensirt worden. 239
74. Eine strittige Erbschafft tam in petitorio quam possessorio. 240
75. Casus Injuriarum 254

76. Ca-

Folio

76. Caſus ubi varia crimina concurrunt, ſcilicet ſeditio, violatio pacis publicæ, blaſphemia, & injuria atrociſſima. 258
77. Caſus in crimine homicidii & rapinæ 264
80. Rechtliches Bedencken über eine ſtrittige Wayde. 271
81. Einen ſtrittigen Viehe-Trieb betreffend 277

I.
Heuraths-Abrede.

Quæstio I.

Ob die obbeschriebene Heuraths-Abrede vor eine verdingte oder versamte Heurath zu achten/ weiln diese beede Titius und Seja offentlichen Handel getrieben/ und ex parte Titii ihr an statt eines Heurath-Guts ein Kinds-Theil gesetzet.

DIe vorgesezte facti speciem samt denen daraus formirten Fragen habe ich mit Fleiß durchlesen/ und allen Umständen nach reifflich erwogen:

Hat demnach bey der ersten Frage das gänzliche Ansehen/ als wann obbeschriebene Ehe vor eine gesamte Heurath zu achten wäre; Theils weil diese beede Eheleuth Titius und Seja offentlichen Handel getrieben/ und dannenhero Gewinn und Verlust gemein haben und leiden müssen/

arg. l. secundum 10. ff. de R. Jur.

welches vielmehr den gesamten als verdingten Hurathen gemäß ist/

arg. l. 1. & l. 2. t. 28. Reformat. Noric.

Theils weil der Sejæ an statt der Wiederlag ein Kinds-Theil gesetzet worden/ so abermal den verdingten Heurathen zu widerlauffen scheinet/

arg. d. l 2. t. 28. juncta l. 6. t. 33. Reform. Nor.

Allein muß dißfalls 1.) ein Unterscheid gemacht werden zwischen der ersten und andern oder folgenden Ehe und Verheurathungen/ alldieweil der Unterscheid versamt- und verdingter Heurath vornemlich primis Nuptiis, oder der ersten Ehe zugeschrieben wird/ wie aus den allegirten textibus

in d. l. 1. & l. 2. t. 28. Ref. Nor. juncta d. l. 6 t. 33.

ohnschwehr zu ersehen ist: Die folgenden Ehen aber scheinen allezeit auf Seiten deß jenigen/ so Kinder aus erster Ehe hat/ vor verdingte Heurathen zu halten/ indem dergleichen Ehegatt dem andern ein mehrers nicht/ als einen Kinds-Theil/ vermachen oder verschaffen kan/

per d. l. 6. § ult. t. 33.

da hingegen auf Seiten dessen/ so keine Kinder hat/ solche Ehe vielmehr einer versamten Heurath ähnlich/ indeme dem überlebenden Ehegenossen der halbe Theil von aller Verlassenschafft gebühret/

arg. d. l. 1. t. 28. Reform. Noric.

Und irret nicht/ daß diese Eheleuthe in offentlichem Gewerbe gesessen/ oder gemeine Handthierung getrieben; alldieweiln dieses so wohl in den verdingt- als versamten Heurathen geschehen kan/

per text in l 6. pr. & §. 1. d. t. 28.

gleichwie auch in der andern Ehe/ es seyn gleich pacta dotalia vorhanden oder nicht/ der überlebende Ehegatt mehr nicht/ als einen Kinds-Theil haben mag/

d. l. 6. § pen. & ult. t. 33. & l. 8. t. 28. Ref. Nor.

2.) So befindet sich ex Facti Specie, daß zwischen Titio und Seja gewisse Pacta und Ehebeding/ wie es auf künfftigen Tods-Fall gehalten werden solle/ aufgerichtet worden seyn; welches ebenfalls den verdingten Heurathen mehr/ als den gesamten/ eignen will/

arg. d. l. 2. t. 28. Ref. Nor.

Quæstio 2.

Quæstio 2.

Ob dann die obgedachte 300. fl. Mütterliches Vermögen/ propriè oder impropriè pro dote gesetzet: weil sie zugleich ein Mütterliches Erb genennet / und also übermäßig/ daß sie das übrige/ so wohl vätterlich als mütterlich Erb der Sejæ, zum wenigsten die übertreffen/ auch in der Heuraths-Abred mit einigem Wort delucranda dote, ausser der Fälle in Jahr und Tag/ nicht Meldung geschehen/ dahero verhoffentlich Titio zum Voraus nicht bleiben könten?

DJe andere Frage entscheidet sich aus Erörterung der ersten gleichsam selbst/ dann indeme ein Eheberedung vorhanden / und darinn der Vatter der Tochter 300. fl. an baarem Geld zu geben/ zugleich eine Ausfertigung ihrem Stand gemäß/ versprochen/ ist der Schluß leichtlich zu machen/ daß solche 300. fl. vor nichts anders/ als pro dote zu halten/

arg. d. l. 2. pr. t. 28. Ref. Nor.

Dos enim est, quicquid à patre, vel muliere, vel alio propter onera matrimonii promittitur & solvitur,

l. 56. §. 1. l. 76 ff. de jur. dot.

Ohneracht daß 1.) solche 300. fl. zugleich ein mütterliches Erb genennet werden; dieweil den Vättern frey stehet/ das Heurath-Gut entweder von dem Seinen / oder dem Mütterlichen / oder andern der Kinder Gütern herzunehmen.

l. 5. ff. d. t. de jur. dot. l. ult. C. de dot. promiss.

Wie dann 2.) wenig zur Sachen thut/ daß sie das übrige so wohl vätterlich als mütterlich Erb der Sejæ zum wenigsten über die Helfft übertreffen: Sintemal kein gewisse quantitatis dotis irgend determiniret/

l. 60. ff. de jur. dot.

sondern auch wohl alle Güter von dem Weibe zum Heurath-Gut gegeben werden mögen/

l. 72. ff. d. t. l. 4. C. eod. t.

So ist auch 3.) nicht vonnöthen/ daß das pactum de lucranda dote expreßè hinzu gesetzet werde; alldieweil ex Statuto auch ohne dasselbe die bedingte Heurath-Güter dem überlebenden Ehegatten vi taciti pacti verbleiben/

l. 1. l. 2. & l. 3. d. t. 33. Reform. Noric.

dahin dann zweiffelsfrey die Ehe-Verlobten gesehen/ indeme sie sich miteinander verglichen/ daß auf sein des Titii Todes-Fall die Seja einen gleichen Kinds-Theil haben/ auf ihr Ableiben aber es mit der Erbschafft nach Inhalt der löbl. Nürnberg. Reformation gehalten werden solte.

Quæstio 3.

WEiln secundum Dd. voluntas hominis ambulatoria esse debet usque ad ultimum vitæ Spiritum, dannenhero vermuthlich/ cum D. Conr Rittershusio, dem Sempronio zum besten zu schliessen wäre: quod liceat alteri Conjugum non obstantibus ullis pactis dotalibus, facere Testamentum & Successionem, quam fortè antea Conjugi superstiti tribuerat, in alterum hæredem conferre; Als fragte sich/ weil

Reform. t. 33. l. 3. & 4.

ausdrücklich gedencket/ wie es auf Absterben der Eheleuth (ohne Geschäfft) zu halten/ ob dann Seja nicht Macht gehabt/ ein Testament zu machen/ und zu disponiren/ daß der Ususfructus omnium bonorum ihrem Mann Titio ad dies vitæ gelassen/ nach dessen Absterben aber Sempronio und dessen Weib die gesamte Güter (darunter auch die 300. fl./ welche Titius pro dote haben will/ zu rechnen) in usufr. & proprietate zu verschaffen?

Anlangend die dritte Frage/ ist ausser allem Zweiffel/ quod hominis voluntas ambulatoria sit usque ad supremum vitæ exitum,

l. 4. ff. de adimend. & transferend. Legat. l 32. §. 3. ff. de donat.

inter viros & uxores. Gleichwie hinwiederum richtig/ quod pacta dotalia, qua talia, sive quatenus de dotæ & donatione propter nuptias disponunt, insciâ & invitâ alterâ parte revocari nequeant,

arg. l. 1. l. 7. §. 2. ff. de pact. l. 1. & tot. tit. ff. de pact. dotal.

Wann aber dieselbe zugleich von künfftiger Succession und Erbschafft handeln/ sind die Dd. nicht einig/ wie zu sehen bey dem

Nicolao Boërio *decis. 335.*
Mynſ. *Resp. 14.*
Gail. *2. obs. 226.*
Wesemb. *Cons. 11.*
Heig. *p. 1. q. 23. n. 36.*
Gædd. *de contrab. Stipul. c. 6. Concl. 7. n. 84.*
Borch. *de gradib. p. 252.*

Und ob ich wohl sonsten der unvorgreifflichen Meynung/ daß auch dergleichen pacta dotalia, oder Heuraths-Abredungen/ welche auch de hæreditate & Successione Conjugum (wie ausser Zweiffel diese unsere seyn) disponiren/ in vim ultimæ voluntatis valeant, adeoq; ab alterutro Conjugum per ultimam voluntatem mutari possint,

arg. d. l. 4. ff. de adimend. Legat. cum
Dn. Conr. Rittershusio *ad Nov. p. 7. c. 18. n. 5.*
Wesemb. *in ff. de pact. dotal. n. 4.*
Treut. *vol. 2. d. 7. θ. 7. Lit. F.* ibiq;
Bach. *Lit. A. & Dd. comm.*

So ist doch diß Orts die Frage vornehmlich nicht davon/ sondern vielmehr/ ob ein Ehegatt dem andern denjenigen Theil/ so ihme/ vermög der Statuten des üblichen Herkommen/ gebühret/ durch ein Testament oder andern lezten Willen zu entwenden oder zu mindern befugt seye? Da dann zwar pro negativa communiter geschlossen wird/ quoniam lucrum à lege datum (ut hoc casu dimidia bonorum) privatus auferre nullo modo potest,

Nov. 22. C. 33. in f. c.
Rainutius *16. ibi præcipit.*
idem Judex ⁘. *de testam.*
Ernest. Cothom. *vol. 1. Cons. 74.*

ubi plures hujus sententiæ rationes adducit.

Hieronym. Parthmann. *p. 2. q. 5.*
Wesemb. *d. n. 3.*
Matth. Coler. *p. 1. decis. 54. n. 27. & Dd. commun. teste.*

Gail. 2. *obs. 86. n. 17.*
Tubingens. *p. 2. Cons. 56. n. 12. & seqq. aliquot.*

Allein hat diese Conclusion, quòd statutaria portio testamento Conjugis mutari nequeat, ihre gewisse Absälle und limitationes; unter andern/ als 1.) Quando Statuto expressè cautum est, portionem istam ab intestato deferri; wie diß Orts in

Reformat. Nor. d. t. 33. l. 2. l. 3. 4. & 5. ibi ohne Geschäfft:

quo Casu eam auferri aut minui posse tradit

Wesemb. *in w. ff. undè vir. & ux. n. 3. ibiq.*
Bach. *in not.*

Wiewohl sonsten diese Wort (ohne Geschäfft) auch einen andern/ und vielleicht diesen Verstand haben könten/ quod Conjuges testamento plus quàm minus portione istâ invicem relinquere sibi valeant, quod in medio relinquo. 2.) Quando Conjux superstes testanti Conjugi consensit, aut postea cognitum ratum habuit: quoniam quivis potest faveri pro se introducto renunciare,

l. 51. C. de Episc. & Cler. l. pen. C. de pact.

& ratishabitio mandato comparatur & ad tempus Testamenti conditi retrotrahitur,

l. ult. C. ad SCt. Maced.

Wann nun zu erweisen wäre (wie es in Facti Specie fast dahin lauten will) daß der noch lebende Ehemann in seines verstorbenen Weibs Testament gewilliget/ oder doch solches/ als es eröffnet worden/ angenommen/ und die Legata abzustatten angefangen/ wird er es nunmehro schwerlich umstossen können; sondern würde heissen: Hereditas semel adita repudiari amplius nequit.

§. ult. Instit. de hered. qual. & differ. l. ult. C. de repud. vel abstin. hered.

& quod semel placuit displicere amplius non potest.

cùm quod semel 21. de R. J. in 6.
Adde Ben. Carpz. *in Jur. forens. p. 3. Const. 7. defens. 14.*

& alios ab eo allegatos &c.

Salvo &c.

II. Cau-

II.
Caution, so wegen eines fideicommiss zu leisten.

DAs mir zugestellte Testament Conrad Grafens und seiner Hauß-Frauen Catharina seel. habe ich zusamt den Beylagen mit Fleiß durchlesen/ und befinde daraus/ daß das anderweit-eingeholte Bedencken den Rechten gemäß/ indeme es ihme/ Grafen/ den halben Theil an den verschafften Legatis, seines Gefallens/ zu vermehren/ zu mindern/ oder gar abzuthun/ zulässet/ dann ob zwar/ ratione Solennitatum und actûs testandi, es nur ein Testament/ so sind doch/ so fern man die testirende Personen/ und dero absonderliche Erbschafften betrachtet/ zwey unterschiedliche Testamenta vorhanden/ deren eines durch ihr der Testirerin Tod seine Krafft und Würckung erreichet/

l. 1. & ibi Gloss. in verb mortem ff. qui testam. fac. post. &c.

Das andere aber/ so lang der Testator lebet/ inpendenti ist/ und dannenhero ihme unbenommen/ die darinn verschaffte Legata (so viel seinen Theil betrifft) zu ändern/ oder gäntzlich aufzuheben/ quoniam ambulatoria est voluntas usque ad supremum vitæ exitum,

l. 4. ff. de adim. & transf. legat. l. 32. §. 3. ff. de don. inter vir. & uxor.

nec quisquam sibi eam legem dicere potest, ut à priori voluntate recedere ei non liceat,

l. 22. ff. de Legat. 3.

welches dann nicht allein in einfachen Ordnung und Geschäfften/ sondern auch in testamento Conjugum reciproco statt findet/ wie ausdrücklich lehret post alios à se allegatos

Bernh. Grævæ. *Pract. Concl. lib. 2. Conclus. 117. n. 8. & ferè in terminis nostris Mynſ. Cent. 1. Obſ. 8. Facultas Jurid. Conſ. Altorf. 58.*

Allein/ weil demnach ihre der Gräfin seel. gantze Verlassenschafft/ denen in ihrem Testament benennten Erben/ nach seinem des Grafen Absterben gefolget und heraus gegeben werden muß/ ist hergegen er Conrad Graf den iztgedachten Erben/ auf ihr Begehren/ gnugsame Satisdation

dation

dation oder Caution, de restituenda fideicommissaria hæreditate, zu leisten schuldig/

l. 1. pr. & §. 1. l. 14. ff. ut leg.

Dann obwohln sonsten nicht unbewust/ daß diese Caution im Testament remittirt und unterlassen werden möge/

l. 12. ff. v. t. ut legat. seu fideicom. serv. Cars. caveatur, l. 1. pr. ff. ut in post. legat. & similibus.

So lässet sich doch weder aus den Worten noch andern Umständen des Testaments dergleichen Erlassung mit Bestand schliessen/ auf das Testament/ geliebter Kürtze willen/ sich dißfalls gezogen/ zuförderst/ weil er/ durch sein Wieder-verheurathen/ (da sich die Testirerin gewiß keine Gedancken gemacht) bey den Erben nicht schlechten Verdacht auf sich geladen hat/

arg. l. 4. in f. ff. de inoff. test. Nov. 22. c. 20. §. 1. & c. 43. Rol. à Valle vol. 4. Cons. 68. n. 29.

Und wäre solche Caution um so viel desto mehr an ihn zu fordern/ da er nur ein blosser Usufructuarius bonorum uxoris seyn solte/ wie in obangezogenen Rechtlichen Bedencken davor gehalten wird. Auf welchen Fall er dann zum wenigsten die Cautionem usufructuariam leisten müste/ als welche auch im Testament keines wegs remittirt werden kan/

l. per C. ut in poss. Legator. &c. l. 1. C. de usufr. & habit. Gail. *2. obser. 145. & Dd. comm.*

Actum Altdorf/ den 25. Julii Ao. 1634.

Salvo semper &c.

III. Hære-

III.
Hæreditas ab inteſtato an ad uxorem, vel Defuncti propriores agnatos pertineat?

Die mir überſchickte Facti Speciem habe ſamt den Beylagen reiflich erwogen / und obwohl die Sache bey den Rechts-Lehrern ſehr ſtrittig/ und von vielen ausdrücklich dahin geſchloſſen wird/ daß in dergleichen Fällen / wann ein Ehegatt in den Pactis dotalibus etwas zu freyer Diſpoſition ihme vorbehalten / und nachmals davon nichts diſponirt hat / das Reſervatum nicht dem hinterbliebenen Ehegatten / ſondern des Verſtorbenen nechſten Befreunden ab inteſtato zufallen ſolle: wie bey den

Bened. Carpz. *p. 3. Conſt. 2. def. 4.*

zu ſehen iſt. So bin ich doch der gäntzlichen wiewohl unvorgreifflichen Meynung / daß in dieſem Fall / die vom Hn. Riedmann vorbehaltene 1500. fl. nicht ſeines Vattern ſeel. Brüdern/ ſondern vielmehr der hinterlaſſenen Fr. Wittib gebühren und zuſtehen/ theils per ea, quæ tradunt

Rauchbar. *p. 1. q. 39.*
Modeſt. Piſtor. *part. 4. q. 168.*
Matth. Berlich. *part.* 3. *Concl. 9. n. 35. & Concl. 3. n. 7.*
Frider. Peuſold. *in addit. ad Coler. part. 2. deciſ. 286. n. 178.*

Theils weil ſolches auch der Stadt Nördlingen alten und hergebrachten Gewonheiten allerdings gemäß/ indeme wann ein Ehegatt etwas zu freyer Diſpoſition ihme reſervirt/ aber ſeines Reſervats ſich nicht bedienet / ſondern ohne fernere Verordnung verſtirbet/ täglich obſervirt werden ſolle/ daß dergleichen Reſervat dem Uberlebenden an ſeiner Succeſſion und Erbs-Portion keinen Eintrag thun möge / nach mehrer Ausweiſe der Beylag *ſub Lit. B.* Welche Conſuetudo dann/ dieweil ſie rationabilis und legitimè præſcripta, prætereaq; ab Imperatorum Reſcriptis confirmata, billich in acht zu nehmen iſt/

arg. c. ult. in f. X *de conſuet.*

Ohngehindert/ daß in den Pactis dotalibus bey dieſem Reſervat ausdrücklich der nechſten Befreunden Meldung geſchiehet / dann ſo wohl

die vorher- als nachgehende Worte/ und der gantze Context gnugsam zu verstehen geben/ daß die Paciscenten nicht gewisse Personen/ denen sie das Reservat vergönnen/ benennen/ sondern nur eine freye Hand/ den nechsten Befreunden/ oder andern es zubescheiden/ behalten wollen/ weil aber die Disposition nicht erfolget/ hat es billich bey der sonst üblichen Gewonheit sein Verbleibens. Cùm aliàs Contrahentes vel disponentes consuetudini loci se conformare voluisse censendi sint. Und solcher Meynung wird zweiffelsfrey auch die Juristen-Facultät allhier/ da Sie darum ersuchet würde/ beypflichten. Welches auf Begehren nicht verhalten sollen ꝛc.

Altdorff/ den 6. Martii Ao. 1647.

IV.

Zwo Fragen:

1.) Ob die Gewinnung in währender Ehe gemein/ oder dem Mann allein gehörig?

2.) Ob eine Frau solcher Gewinnung in pactis dotalibus, oder per Testamentum sich begeben/ und solche den Ehemann völlig überlassen könne?

Aus des Herrn Schreiben habe mit mehrern verstanden/ was massen Fr. Marg. Rothin nach tödlichem Hintritt ihres ersten Haußwürths seel. Weil. Hn. Georg Heidenreichs/ bey deme sie einen Sohn/ Nahmens Hanns Georg/ erzeuget/ sich zu ihrem itzigen Ehemann/ Hn. Emanuel Rothen/ verheurathet/ zuvor aber mit erstgedachtem ihrem Sohn des vätterlichen Vermögens halber dergestalt abgefunden/ daß er damit wohl zufrieden gewesen; hernach in der andern Heuraths-Abrede dahin verglichen/ daß/ da sie/ die Hochzeiterin/ nach Verfliessung eines Jahrs diß Zeitliche gesegnen würde/ er neben andern auch dasjenige/ wessen er sich gebührlich gebessert/ also die gantze Gewinnung hinweg nehmen solle/ laut Beylag *Lit. A.* Anitzo aber forsche der Sohn aus erster Ehe/ aus Anstifftung seines Schwehrs und Befreundten/ der Mutter und Stiefvatters Vermögen starck nach/ mit

mit Bedrohung/ er heut oder morgen/ auf ein und des andern Ehegattens Todes-Fall/ es schon finden/ und neben seinen Befreunden die Rechnung schwehr gnug machen wolle. Dannenhero beede Eheleuthe entschlossen/ aller künfftiger Irrung/ Stritt und Mißverstand vorzukommen/ ein ordentlich Testament aufzurichten/ und sie/ die Frau/ was es in den oben angeführten pactis dotalibus, wegen der Gewinnung vor eine eigentliche Meynung gehabt/ etwas besser zu erläutern/ und ihrem Ehewürth solche Errungenschafft nochmals völlig zu überlassen. Allein würde in Zweiffel gezogen/ ob sie/ solches zu thun/ befugt sey/ oder nicht?

Hierüber nun meine Gedancken begehrter massen zu eröffnen/ habe ich solche Facti Speciem, samt allen angeführten Umständen/ reiflich erwogen/ und beruhet der Sachen richtige Erörterung auf ob Eingangs gesetzten zweyen Fragen.

Bey der ersten Frage ist/ nach gemeinen Kaiserl. Rechten/ die Regul zwar richtig/ quod ea quæ constante matrimonio adquiruntur, ad Maritum pertineant, per ea quæ habet

Joh. Garsias à Suabedr. *de Conjugali aquæst. n. 31.*

Allein hat diese Regul ihre Abfälle nicht allein Si Statuto vel Consuetudine Societas bonorum omnium inter Conjuges inducta sit; Cujusmodi consuetudinem in Hispania vigere testatur

Covarruv. *3. var. resol. 19. n. 2.*

& in Gallia,

Nicol. Boër, & consuet. Bituricens. *in §. 2. & Glos. prim. de Consuet. matrim. fol.* (mihi) *107.*

Sed etiam si forte Conjuges negotiationem communem, aut cauponariam exerceant; wann sie zu offenen Cram-Laden/ oder Marck-sitzen/ oder Gast-Hof halten.

Gail. *2. obser. 90. n. 5.*

Wann dann auch diese Eheleuthe (als Gewand-Schneider) gemeine Handthierung und Gewerb treiben/ wird die Gewinnung nicht dem Mann allein/ sondern ihnen beyden zugleich gebühren und zustehen/ wie solches also in Refor. Noric. ausdrücklich versehen ist.

tit. 28. l. 6. §. ult.

Hoc enim & similibus casibus

reg. l. Quintus 51. ff. de donat. inter vir. & ux.

quod mulier ea quæ acquisivit constante matrimonio, ex bonis mariti acquisivisse intelligatur, fallere, notat post alios

Mynſ. *cent. 2. obſ. 92. n. 5.*
Maſcard. *de prob. concl. 214.*

Anlangend die andere Frage/ will es das Ansehen haben/ als wann der Frauen/ so zu der andern Ehe greiffet/ und Kinder aus erster Ehe vorhanden/ nicht erlaubet sey/ ihrem andern Ehegatten ein mehrers/ durch Heurath-Geding/ Geschäfft/ oder auf einige andere Weise/ zu vermachen/ oder zu verschaffen/ als ein Kind aus erster Ehe bekommet/

per text. expressum in l. hac edictal. 6. C. de Secund. nupt. ibiq; Gloss. & Dd. commun.

und irret nicht/ wann man sagen wolte/ daß solches von des Weibes eigenen Gütern/ und nicht von der Gewinnung/ zu verstehen wäre. Dann bereit bey der ersten Frage erwiesen/ daß die Gewinnung in diesem Fall gemein/ und also der halbe Theil dem Weibe eigenthümlich gebühre/ und muß ohne dessen in ineunde quantitate bonorum parentis secundas nuptias contrahentis, non tempus matrimonii secundi, non etiam testamenti, donationis, vel aliarum specierum alienationis, sed tempus mortis in acht genommen werden.

Conr. Rittershuſ. *ad Novell. p. 4. c. 5. n. 6.*

Nichts destoweniger bin ich der gäntzlichen/ jedoch ohnvorgreiflichen Meynung/ daß die Fr. Rothin wohl befugt gewesen/ ihrem andern Ehe-Herrn die völlige Gewinnung zu überlassen/ und solchen Paß/ weil er in der Heuraths-Abrede etwas dunckel gefasset zu seyn scheinet/ in einem ordentlichen Testament zu erläutern. Dann 1.) was oben von gemeiner Gewinnung aus dem Gail. angeführet worden/ hat nicht anders statt/ als quando in contractu matrimonii contraria conventio apposita non est. Ea enim si apposita fuerit, omninò servanda est, ut post

Joh. Fabr. *ad rubr. Inst. de nupt. docet.*
Nic. Boër. *d. l. p. 108.*

Nun aber ist diß Orts ein anders in den Pactis dotalibus paciscirt in illis verbis: Was er sich gebührlich gebessert. Quod nullum alium

sensum,

fensum, quàm acquæstum sive Conquæstum ad maritum pertinere, habere potest. Wird demnach auch diese Convention gelten müssen/ und consequenter wohl per Testam. erläutert werden mögen. Zum 2.) ist ein Unterschied zu machen inter adquisita & adquirenda, ut mulier quidem de patrimonio suo in fraudem legis & Liberorum primi matrimonii, plus in maritum, quàm unum ex Liberis conferre nequeat,

per d. l. 6 de secund. nupt.

acquirenda autem amittere & idagere ne locupletetur ei prohibitum non sit,

arg. l. quod a. 6. ff. quæ in fraud. Credit.

neq; enim pauperior fit Conjunx quæ non adquirit, sed de patrimonio suo deposuit,

ut loquitur JCt. in l. si Sponsus §. 5. si maritus 13. ff. de donat. inter vir. & ux.

etiam si Socii bonorum omnium essent,

arg. l. nemo 68. §. 1. ff. pro Socio.

Hinc nec maritus lucro dotis mobiliumq; uxoris, quæ Statuto ipsi ad ipsam deferuntur, etiam in præjudicium Creditorum suorum renunciare prohibetur,

arg. d. l. 6. ff. quæ in fraud. Credit.
Aug. Beron. *lib. 1. Cons. 43. Phil. Dec. Cons. 260.*

Und solches um so viel destomehr/ weil die Gewinnung gantz ungewiß/ und man in der Ehe so bald einbüssen als gewinnen kan: Dubii autem eventus incertitudo facit, ne quicquam sui remisisse quis censeatur,

Alciat. *in l. de fideicommisso. 11. C. de transact.*

& ratione dubii permittuntur, quæ aliàs non permitterentur, ut notat

Petr. de Monte *in tr. de Concil. c. de Concil. praeminent. n. 3.*

Accedit, quod mulier hoc casu, quo de lucris nihil percipit, nec de damnis, quæ fortè accidunt, quicquam participare teneatur: cùm aliàs debita quicq; solvere, aliaque damna ferre cogatur,

arg. l. secundum 10. ff. vol. 2. Cons. 11. n. 124. & seqq.

Solchemnach hindert weder die angezogene l. hoc Edictali. C. de secund. nupt. utpotè quæ de propriis Conjugum bonis satis apertè loquitur, neque ratio, quod tempus mortis ineunda qualitati facultatum attendi debeat: quoniam lucra ista marito in pactis dotalibus concessa, in bonis uxoris mortis tempore non sunt. Adde

Pyrrh. Engleberm. *in Cons. Aurel. t. de Soc. inter vir. & uxor. c. 11. pag. 66.* &

Joh. Sayson. *in Cons. Turonens. t. 22. de commun. bonor. art. 1. p. 134.*

Welches ich also dem Herrn nicht verhalten sollen ꝛc.

V.

Alius Casus, de pactis dotalibus.

Die mir zugestellte unterschiedliche von Ingolstadt/ Straßburg und andern Orten eingeholte Consilia habe ich mit Fleiß durchlesen/ und bestehet der Stritt in quæstione voluntatis paciscentium, was nemlich die paciscirende Ehe-Verlobten eigentlich gewollt/ indem sie etwas gewisses zu freyer Disposition vorbehalten/ das übrige alles aber einander reciprocè vermachet und bescheiden haben: Ob sie nur bloß auf künfftige Disposition ihr Absehen gehabt/ oder aber/ auf den Fall sie nichts disponirt/ zugleich das Reservat ihren nechsten Befreunden ab intestato vermeint und verlassen haben wollen? Nun wird zwar in utramque partem weitläufftig und sehr scheinbarlich disputirt/ endlich auch dahin einhellig geschlossen/ daß diß Orts nicht ein bloß Reservat, sondern/ auf dem Fall sie nichts disponirte/ die ausgesetzte Güter oder Gelder ihren nechsten Befreunden heimfallen sollen/ wie in berührten Responsis mit mehrerm zu sehen ist.

Allein/ ich bin der unvorgreiflichen Meynung/ daß aus allen Umständen ein anders und so viel erhelle/ daß die paciscirende oder disponirende Ehe-Verlobten ihr Absehen vielmehr dahin gehabt/ daß/ wann von dem Reservato gantz nichts disponiret würde/ solches dem hæredi statutario, oder dem überlebenden Ehegatten zuwachsen solle. Dann 1.) ist in den pactis dotalibus ausdrücklich verglichen/ daß wann Herr

Daniel Rietmann nach verflossenem Jahr/ ohne erziehlte eheliche Leibes-Erben/ vor seiner Verlobten absterben würde/ sie/ die Uberlebende/ alle seine Verlassenschafft (ausser des Reservats der 1500. fl.) haben und behalten solte; wann dann dieser Fall sich nach GOttes Willen dergestalt ereignet/ daß besagter Hr. Rietmann ohne Hinterlassung einiger Noth-Erben/ und zwar ohne Disposition Todes-Verfahren/ als werden solche 1500. fl. vielmehr dem überbliebenen Ehegatten tanquàm hæredi universali, als den Befreunden zufallen: quoniam aliàs quoq; pars hæreditatis vacans non ad venientes ab inteſtato pertinere, ſed hæredi universali (uti hoc caſu viduæ) quæ ex pactis dotalibus omninò pro hærede universali haberi debet, adcreſcere ſolet; ne aliàs pro parte teſtatus, pro parte inteſtatus quis decedat, contra vulgatam

L. 7. ff. de R. J.
Chriſtoph. Bezold. *part. 4. Conſ. 155. n. 12. & ſeqq.*

qui de hoc ipſo Caſu expreſsè loquitur.

Und solches 2.) um so viel desto mehr/ weil ex recepta apud Nördlingenſes conſuetudine, ein Ehegatt dem andern/ wann keine Noth-Erben (wie diß Orts) verhanden/ nicht allein in bonis mobilibus, sondern in univerſâ hæreditate (wie ich berichtet werde) succediren solle. Auf welchen Fall die Wittib das Stadt-Recht vor sich hat/ und ihr/ in Ermanglung anderwertiger Diſpoſition, neben der übrigen gantzen Verlassenschafft/ auch die strittige 1500. fl. billich verbleiben. Inteſtatus enim decedens (quemadmodum hoc caſu maritus, quoad 1500. iſtos florenos) eos reliquiſſe hæredes intelligitur, quibus ex Statuto vel conſuetudine debetur hæreditas.

arg. l. 6. ff. de Condict. cauſ. dat. &c. l. hæredes 57. §. 1. ff. ad SCtum Trebell.
poſt Modeſt. Piſtor. *p. 4. q. 168. &*
Matth. Berlich. *p. 3. Concl. 9. n. 35. & Concl. 3. n. 7.*
Frider. Penſold. *in addit. ad Coler. p. 2. Deciſ. 286. n. 178.*

Und obwohl eingewendet werden will/ daß diese Authores alle de jure Saxonicô, quod ſuperſtiti Conjugi omnia mobilia defert, non de jure communi reden; so mag doch solches wenig vortragen/ alldieweil zu Nördlingen nicht allein die Mobilia, sondern die gantze Verlassenschafft dem Uberlebenden zufället/ wie allererst erwehnet worden: dannenhero auch diese 1500. fl. nicht den Befreunden/ sondern dem überlebenden Ehegat-

Ehegatten in allweg gebühren und zustehen; wohin auch die Herren Juristen zu Straßburg in ihrem elegantissimo Responso sub fin. haud obscurè inclinireen.

Da dann 3.) auch die præsumptio juris der Wittibin zu statten kommet/ cùm maritus in dubio semper Conjugi tanquam omnis fortunæ Sociæ, potius quàm remotioribus agnatis & cognatis favere intelligendus sit,

arg. l. 38. ff. de fideicommiss. libertatib.

Und irret gantz nichts/ quod hic Casus pro agnato penè in terminis decisus sit,

in l. 51. mulier. 25. C. de jur. dot.

Dann wann man denselben Text etwas genau betrachtet/ wird sich befinden/ daß solcher in gantz andern Terminis redet; Ubi nempè maritus, qui dotem, quam mulier dispositioni suæ reservaverat, petit, non universalem hæreditatis, sed particularem tantùm titulum habuit, ut res ipsa loquitur. Adde

Andr. Rauchb. *p. 1. q. 39.*

qui differentiam istam evidenter demonstrat, & ad quem brevitatis causâ me remitto.

2.) Hindert nichts/ daß Herr Daniel Rietmann in pactis dotalibus diese 1500. fl. alternativè vorbehalten/ daß sie seinen nechsten Freunden ab intestato, oder weme er sie sonsten per ultimam voluntatem vergönnen würde/ abgefolgt werden solten: Sintemal die Worte der Ehe-Beredung conjunctivè, und nicht alternativè gesetzet/ und ex antecedentibus & consequentibus keinen andern Verstand haben/ als daß solche 1500. fl. Hr. Daniel Rietmann zu seiner freyen Disposition reservirt und vorbehalten haben wolle; quemadmodum aliàs quoq; non sunt attendenda verba, sed videndum, quâ mente quid dicatur,

l. pen. ff. ad exhibend.

Quæ mens paciscentium vel disponentium in his terminis nostris nulla alia fuisse videtur, quam quod 1500. fl. isti liberrimæ dispositioni reservati fuerint & conseq. si nihil de iis dispositum, viduæ tanquam hæredi universali tàm vi pactorum dotalium, quàm consuetudinis receptæ, meritò accrescere debeant.

3.) Thut

3.) Thut wenig zur Sachen/ quod §. 2. pactorum dotalium ausdrücklich versehen/ quod in casu mortis intra annum contingentis, das halbe Vermögen den nechsten Befreunden secundum dispositionem Municipalem der Stadt Nördlingen ausgehändiget werden solle. Dann gleichwie diese Disposition, so wohl in pactorum dotalium, als des Stadt-Rechts/ in gantz andern Terminis redet/ wann nemlich vor Jahr und Tag ein Ehegatt vor dem andern Tods verführe; also muß dieselbe auch weiters nicht/ oder ad casum planè alium extendiret werden. Zumaln in dem andern Fall/ wann die Ehegatten nach Jahr und Tag ohne einige Noth-Erben und letzten Willen versterben/ ein anders/ beede in den pactis dotalibus und dem jure Municipali verordnet ist: wie bereit oben erwehnet worden/ und auf den Fall Bedörffens mit mehrerm ausgeführet werden könte. Welches ich also/ unter andern Geschäfften/ in der Eil und in Manglung meiner Bibliotheca auf das kürtzeste nicht verhalten sollen &c.

. Salvo &c.

VI.

Casus, eine Erbschafft betreffend.

Die mir hinterlassene Acta habe mit allem Fleiß durchlesen/ und so viel befunden/ daß der Haupt-Streit auf zweyen folgenden Fragen bestehe: 1.) Ob der Testator in denen Worten (da meine Stief-Enckelein/ als eingesetzte Erben/ samtlichen ledigen Standes/ und also ohne eheliche Leibes-Erben/ wider Zuversicht/ vor oder nach mir mit Tod abgehen solten) vornemlich auf Conditionem, si sine liberis, oder auf Cœlibatum, sive conditionem. Si Cœlibes omnes decesserint, sein Absehen gehabt habe? 2.) Ob in dem Wort samtlichen/ oder omnes, eine Substitutio reciproca begriffen/ und dafür zu halten seye/ als wann ultimò defuncto substituirt worden wäre? Da dann die Partheyen indeme einig/ daß diese Fragen nirgends in jure expreßè decidiret/ sondern die Erörterung ex juris rationibus (welche nudis doctorum opinionibus allezeit billich zu præferiren) genommen werden muß.

Nun ist zwar bey der ersten Frage vornemlichen der Streit von denen Wörtlein und also/ atque, ita, indeme jene dieselbe de causa finali, diese aber de effectu verstanden haben wollen/ ut non scopum sive causam finalem, sed effectum cœlibis vitæ innuant atq; declarent: pro quo posteriori sensu textus esse videtur apud

Modestin. *in l. cum alicui. 16. ff. de negot. gest.*

ubi hæc verba (atque ita) nihil aliud important, quàm effectum testamenti irriti, ut videlicet Successioni ab intestato locus fiat, sive heres legitimus ab intestato existat. Allein bleibet die Difficultät dannoch/ ob nemlich der Testator auf diese oder jene Condition sein Absehen gehabt habe/ da dann gar vermuthlich scheinet/ daß er nicht allein auf vitam Cœlibem, sondern zugleich auch auf die letztere Condition, si sine liberis, gezielet habe/

arg. d l. 26. ff. de neg. gest.
Adde *Dec. Cons. 227. n. 5. & 6.*

qui licet non de hisce verbis, sed iis potius (ita quod) expreßè loquatur, tamen dicta ejus non malè huc accommodari posse videntur.

Anlangend die andere Frage/ wird bey den Doctoribus weitläufftig disputirt: An inter plures heredes fidei commissum præsumatur, quoties eorum ultimò morienti in hereditate substitutus, datus sit? item: An cum pluribus heredibus institutis, post mortem omnium, testator aliquem substituit; Saltem eo casu, quo persona magis dilecta subest, quæ ex præsumta mente testatoris substitutum excludat, fideicommissum reciprocum inter ipsos institutos præsumendum sit? Wie bey dem

Covarruv. *ad C.*
Rainutius *§. 8. n 4. x. de test.*
Mandic. *de conject. ult. vol. lib. 7. t. 5.*
M. And. Peregr. *de fideicom. art. 13.*

und andern zu sehen ist: Aber doch insgemein pro negativa geschlossen/ wie vom Gegentheil selbst gestanden/ und in den Actis mit mehrern ausgeführet worden. Von welcher communi opinione dann neque in consulendo, neque judicando leichtlich zu weichen/ per tradita

Everh. *in Topic. loc. à contrario sensu 82. n. 43.*

eum ea veritati æquiparetur, post alios

Gail.

Gail. *1. obs. 153. n. 5* Adde
Jac. Schultes *in addit. ad Modest. Pistor. q. 126. n. 17.*

Und in diesem Fall um so viel desto weniger/ weil die communis opinio statis evidente ratione suffulta est, Nempè quoniam fideicommissum tanquàm onus,

l. cohærendi 41. §. 3. ff. de vulg. & pupill. substit.

non præsumitur, sed probari debet, vel expressis testatoris verbis,

l. Titia, 34 §. Cajus 3. in f. ff. de Legat. 2.

vel ex necessaria & manifesta consequentia,

d. l. 14. §. fin. ff. de leg. 2. l. fideicommissa. 11. §. item *si quis 19. ff. de leg. 3.*
Peregr. *de fideicom. art. 11. n. 25. & seqq.*

Diß Orts aber seynd weder verba fideicommissum exprimentia vorhanden/ wie das Gegentheil selbst nicht in Abrede seyn kan/ noch auch einige urgens vel necessaria Consequentia, quæ fideicommissum inducere possit. Dann obwohl fast ausser Zweiffel/ daß die Conditio Substitutionis, vocabulum sämtlich/ nicht eher erfüllet/ noch der Substitutus admittirt werden könne/ donec omnes instituti sine liberis decesserint, und dannenhero zu vermuthen/ daß auf inzwischen sich begebendes lediges Absterben eines ex institutis, sein Part indessen ja nicht dem Substituto, oder jemand anders/ sondern den Coinstitutis vi tacitæ reciprocæ substitutionis vel fideicommissi zufallen müsse/

arg. eorum quæ habet Castrens. ad l. 82. §. 2. ff. de legat. 2. & alii allegati à Peregrin. d. art. 13. n. 38. & duobus seqq.

So wird doch diese præsumtio per alium fortiorem leichtlich elidiret/ indeme diß Orts vielmehr zu vermuthen/ daß der Testator inter institutos (quos tanquam magis dilectos substitutum excludere constat,

arg. l. pen. C. de impub. & al. subst.)

non gravamen aliquod fideicommissi inducere, sed potius jus legitimatum hereditarium custodiri voluerit,

arg. §. vel singulis 6. Inst. de pupill. sub. l. vel singulis 37 ff. de vulg. & pupill. substit.

Und hindert nichts/ was pro contraria opinione angezogen wird/ als 1.) quod verbum collectivum (sämtlich) inter prædilectos (wie diß

Orts die Stoysche Stief-Enckelein) sive inter heredes institutos positum fideicommissum reciprocum inducat.

d. l. pen. C. de impub. & aliis substit. l. si is qui. 13. §. ult. ff. de reb. dub.

Dann 2.) quod substitutio pluribus heredibus post mortem omnium facta, æquiparetur illi, quæ sit ultimò morienti,

l. qui duos. 42. ff. de vul. & pup. Subst. l. Codic. 34. pr. ff. de usu, usufructu & legat. ibiq; Bart.

quo casu fideicommissum reciprocum factum forè expeditum,

per text. in l. Titia. 87. §. Seja libertis. 2. ff. de Legatis 2. ibiq; Castrens. Curt. Inn. Cons. 11. n. 5.

secundo principaliter &c.

Dann gleichwie erstlich in den angezogenen Textibus

l. p. 12. C. de impub. & al. Substit. & l. 13. §. ult. ff. de reb. dub.

kein Wort de fideicommissis vel substitutione reciproca zu finden; also lässet sich auch ein mehrers aus denselben mit Bestand nicht schliessen, quam quod duobus filiis institutis & sub conditione si uterq; decesserit, alio substituto, ita demùm substitutus admittatur, si conditio impleta fuerit & uterq; decesserit. Adde

Sichard. & Giphan. *add. l. pen. C. de impub. & al. substit.*

Fast eben die Beschaffenschafft hat es 2.) mit der

l. 42. ff. de vulg. & pupill. substit. & l. 34. pr. ff. de usu & usufr. Legat.

in quarum illa non fideicommissaria, sed directa est substitutio, eodem penè modo, quo

in d. l. pen. C. de impub. & aliis substit.

in hac verò ideo fideicommissum à JCto inducitur, quoniam Testator expressè ordinaverat, ut portio ejus, qui decesserit, reliquis accrescat, ita ut ad novissimum pertineat; quo casu omninò verum est, quod Bartolus notat; fideicommissum post mortem omnium relictum, ab ultimo decedente relictum videri,

add. l. 34. pr. ff. de usu & usufr. Legat.

So ist

So ist auch die Opinio so gar richtig nicht/ quod si Substitutio ultimò morienti facta sit, fideicommissum reciprocum factum intelligatur; quoniam in dubio fideicommissa non præsumuntur, ut hoc casu etiam alia conjectura (quod videlicet testator inter institutos jus legitimarum hereditatum integrum custodiri voluerit) capi possit,

per text. in §. vel Singulis 6. Instit. de pupill. subst.

und ist die allegirte

l. 87. §. 2. ff. de Legat. 2.

solche Meinung de fideicommisso reciproco dißfalls in hoc casu zu behaupten viel zu wenig/ alldieweil sie in gantz andern Terminis redet/ quando videlicet testator duobus fundum legavit & rogavit, utque ultimus moreretur, eum integrum aliis restitueret: quo casu fideicommissum reciprocum inter legatarios, qui sibi invicem ab intestato non succedunt, ideò JCtus colligit, quoniam absque eo fieri non posset, ut totus alteri restituatur, quod ad propositam facti Speciem, ubi de successione inter institutos fratres lege satis provisum est, accommodari non posse facilè patet.

Eg. Bar. *d. §. 6. Inst. de pupill. substit. ibiq; Harpr. & Bachoo.*

Welches also ꝛc. ꝛc.

VII.

Legatum conditionatum.

ANno 1630. hat ein Handelsmann in N. ein Testament gemacht/ und darinn unter andern seiner Schwester zweyen Töchtern einer jeden insonderheit zu einer ehrlichen Heuraths-Aussteuer 500. fl. verschaffet/ daß dieselbe ihnen eher nicht/ als biß sich deren eine ehelich verheurathen werde/ zugestellet/ immittelst aber nach seinem Tod mit 6. fl. pro centum verzinset werden sollen/ nach Inhalt iztbesagten Testaments. Nun begibt es sich/ daß die eine Schwester verheurathet wird/ und ihre 500. fl. würcklich empfähet/ die andere aber lediges Stands mit Tod abgehet/ zu dero Kranckheit dann etwas vom

Capital, wie auch hernacher die Interesse ohne einiges difficultiren/ dem Schwager bezahlet worden seyn. Wird demnach gefraget:

1.) Ob besagte ohnverheurathete Schwester die 500. fl. auf die andere Verheurathete vererbt oder transmittirt habe?

2.) Wofern solches nicht geschehen/ ob dasjenige/ so an Capital und Interesse bißhero bezahlt worden/ tanquam errore solutum repetirt werden möge?

Bey der ersten Frage ist zwar klares Rechtens/ daß die Legata, so zum Heurath-Gut oder Ehe-Steuer verschaffet werden/ allezeit diese tacitam conditionem, si nuptiæ secutæ fuerint, in sich halten/

l. stipulat. 21. ff. de jur. dot. l. Titio 71. §. Titio genero, 3. ff. de condit. & demonstr. & ibi Bart.

und dannenhero deficiente conditione, si nuptiæ vel per mortem personæ, vel alias ob causas secutæ non fuerint, auf die Erben nicht gebracht oder transmittirt werden mögen/

l. in testamento, 31. l. intercidit. 59. d. l. 71. §. 3. ff. de condit & demonstr. l. un. §. fin autem, 7. C. de caduc. tollend.

Wann dann auch in diesem unserm Fall die eine Schwester ohnverheurathet Todes verfahren/ als die Conditio nicht implirt worden/ würde das Legatum vor erloschen zu achten seyn/ und auf die andere Schwester/ oder dero Erben/ nicht transmittirt werden können; uti ferè in terminis terminantibus tradit

post Angel. Francisc. Mantic. *de conject. ult. volunt. lib. 11. tit. 18. n. 20.*

Allein wann man die Umstände dieses Geschäffts etwas genauer betrachtet/ wird sich befinden/ daß/ ex conjecturata testatoris mente, die 500. fl. auf Absterben der ledigen Schwester/ der Verheuratheten und dero Erben billich zugefallen seyn. Dann ob zwar dieselben zu einer Ehe-Steuer und Heurath-Gut legirt/ so ist doch von dem Testatore ausdrücklich dabey cavirt worden/ daß sie nach seinem Tod mit 6. fl. vom Hundert jährlich verinteressirt werden sollen/ welche Verinteressirung

rung dann in dubio ein Legatum purum & ad hæredes transitorium præsupponirt; cum Legati conditionalis ante conditionis eventum dies non cedat, nec usuræ ex eo deberi possint.

l. 5. §. sed si 2. l. si dies ff. quando dies Legat. vel fid. ced. l. legata, 41. ff. de t. de condit. & demonstr.

Uber dieses hat der Testator auch verordnet/ daß die angeregte 500. fl. eher nicht/ als biß sich deren eine ehelich verheurathet/ zugestellet werden sollen/ welche Worte dann entweder gantz vergebens gesetzet/ (quoniam ex natura sua legatum conditionale ante conditionem existentem præstandum non est,

d. l. 21. in f. pr. ff. qn. dies Legati.)

oder diese Meinung haben müssen/ quod Legatum illud purum & tantùm solutio ejus in conditionem & diem nuptiarum dilata sit,

arg. l. pen. C. de t. qn. dies Legati vel fid.

cujusmodi Legata ad heredes transire constitutus est, etiamsi Legatarius ante diem existentem decesserit,

d. l. pen.
Gilbert. *Reg. lib. 1. Consf. leg. c. 20. Hotom. Consf. 78. &*
Giphan. *add. l. pen. C. qn. dies legat.*

Drittens ist noch dieses in acht zu nehmen/ daß die Erben sowohl ein Theil an dem Capital, als die Interesse bißhero ohne einige Verweigerung entrichtet haben; Ex qua observantia secuta ambiguitas, quæ in præcedentibus esse poterat, declarata fuit.

l. minime, 23. l. si de interpretatione, 37. ff. de legib.

Ex his enim quæ postea fiunt, declaratur qualis fuerat animus in præcedentibus.

l. item si 7. §. proindè, 17. ff. de SCt.
Maced. *l. Si Servus 50. §. fin. ff. de leg. 1.*

Und irret gantz nichts/ was eben de Legato dotis conditionali eingeführet worden. Nam hoc regulare jus est, à quo excipiendus Casus, si aliam fuisse testatoris mentem ex conjecturis verisimilibus appareat.

Bart. *add. l. 71. §. 3. ff. de condit. & demonstr. Aym. Cravett. Consf. 101.*

Die andere Frage belangend/ so mag nicht alles/ sondern nur das- jenige/ so errore facti bezahlet worden/ per conditionem indebiti repetirt werden/

l. 6. & 7. C. de condit. indebit.

In diesem unserm Fall aber würde sich kein error facti, sondern juris befinden; quo Casu repetionis locus non est,

l. 10. C. de jur. & fact. ignor. l. 9. C. ad leg. Falcid. Egn. Bar. *ad §. 1. Inst. Quib mod. re contrah. oblig.* Fachin. *8. contr. 106. & 10 contr. 11.*

Allein hat man sich hiemit nicht aufzuhalten/ weil die Bezahlung aus Schuldigkeit/ und ohne einigen Irrthum geschehen/ wie aus deme/ so bey der ersten Frage deduciret/ gnugsam zu schliessen 2c. 2c.

VIII.

Die drey folgende uns zugeschickte Rechts-Fragen:

Als

1.) Ob zu Nürnberg der Vatter in seiner Kinder Gütern/ so ihnen nach Absterben ihrer Mutter/ mit welcher derselbe in verdingter Heurath gesessen/ von dem Anherrn oder Anfrauen erblich angefallen/ eben so wohl/ als in seines Weibs verlassenen Gütern / die Nutzniessung habe?

2.) Wann der Kinder etliche / oder alle / verheurathet / ob nicht der Vatter alsdann die gantze Nutzung ihrer Güter abtretten / oder doch zum wenigsten die ihnen alsdann erst vom Anherrn oder Anfrauen angestorbene Güter frey und ledig heimgehen lassen müsse?

3.) Wann

3.) Wann der Vatter in Abfall seiner Nahrung gerathen/ und der Kinder Güter an Capital und Haupt Gut gemindert/ ob derselbe hierdurch deß ihm sonst gebührenden Usustructus gedachter Kinder Vermögens verlustigt werde?

HAben wir collegialiter mit Fleiß erwogen/ erachten darauf in Rechten gegründet zu seyn:

1.) Daß dem Vatter nicht allein in dem Mütterlichen/ sondern auch Anherrlichen/ und sonst auf andere Wege anererbt- oder zugefallenen Gütern der Ususfructus gebühre und zustehe: Und solches nicht allein vermög gemeiner Kaiserl. Rechte/

per l. cum oportet. 6. C. de bon. quæ liber. § igitur, 1. in f. Inst. per quas pers. cuiq; acquir. & utrobiq; Gloss & Dd.

sondern auch nach Löbl. Reformation der Stadt Nürnberg. Dann obwohln in derselben

t. 33. l. 1. §. er hat auch 2c.

allein der Mütterlichen gedacht wird/ so ist doch nicht alsbald unius inclusio alterius exclusio, maximè quando alterum illud in alia statuti parte expressè vel tacitè inclusum reperitur.

Surd. *Cons. 25. n. 37.*
Bart. *Cons. 93. n. 24.*
Adde Vult. *Cons. Marpurg. vol. 4. Cons. 25. n. 138.*

Wie diß Orts in besagter Reformation

tit. 34 l. 6 §. gleicher weiß 2c.

auch anderer Güter/ in denen der Vatter den Usumfructum habe/ ausdrücklich Meldung geschiehet: so zweiffels ohne von dem Anherrl. und andern zugefallenen Adventitiis verstanden werden muß. Zu geschweigen/ daß ohne dessen izt angeregte Regula nicht statt findet/ quando alterius istius exclusio correctionem Juris communis induceret,

arg. eorum, quæ habet Everh. in Topic. loc. 37 n. 15.

zumalen auch sonsten insgemein die Statuta also verstanden werden müssen/ ut quàm minimum à jure communi recedant.

Mynſ. *cent. 1. obſer. 5. in f.*
Matth. Weſembec. *vol. 1. conſ. 14. n. 10.*

Bey der andern Frage iſt die Sache gleichfalls ex jure Civili richtig. Cùm n. poſt nuptias liberorum patria poteſtas adhuc duret,

§. ult. Inſt. de patr. pot. §. poſtea, 2. in f. Inſt. SCt. Tertyll. l. ſi uxorem. 5. C. de condit. inſert. &c.

& jus adquirendi durare dicendum eſt, hactenus ut filia quoque quicquid non acquirit ex rebus mariti vel operis ſuis, ſed ex hereditate delata id omne parenti ſaltem quoad uſumfructum adquirat,

d. §. igitur. 1. Inſt. per quas perſon. cuiq; acquir.
Schneid. *ad §. ſed etſi. 8. Inſtit. Quibus mod. jus patr. poteſt. ſolv. n. 7.*

welcher deciſioni juris communis, dann auch die Reformatio Norica beyſtimmet/

d. t. 33. l. 1. §. ult.

Da ausdrücklich verſehen / daß der Vatter ſeinen verheuratheten Kindern von dem ihme gebührenden Uſufructu, ein mehrers nicht / als die Beſtattung und Ausſteuer ſchuldig ſeye. Und weil dieſe Diſpoſition Statuti keinen Unterſcheid machet zwiſchen denen Mütterlichen und Anherrlichen Gütern; Item, ob der Todes-Fall vor oder nach der Kinder Verheurathung ſich ereignet/ muß ſie auch generaliter ohne dergleichen Unterſcheid verſtanden werden/

arg. l. de pretio 8. ff. de publ. in rem action.

præſertim cum dubia Statuti verba interpretationem ex jure communi recipiant,

arg. l. 2. C. de noxal. art.
Gail. *l. 1. obſ. 50. n. 8.*
Erneſt. Cothom. *vol. 1. conſ. 5. n. 59.*

& ea ſemper præferenda interpretatio, quæ ad jus commune reducit,

Tiraqell. *de jure primogen. q. 24. n. 2. & ſeq.* Alciat. *de verb. S. libr. 3. n. 32.*

Und irret nichts/ quod ſecundum multorum opinionem patria poteſtas per nuptias hodiè diſſolvatur.

Egnim

Egnin. Bar. *ad t. Inst. de patr. pot. com. part. post. in f.*
Nicol. Boër. *ad Consuetud. Bituricens. §. 3 etiam in Germania nostra.*
Zas. *ad l. utrum turpem. 107. n. 4. ff. de v. o.*
Sichard. *ad l. ubi autem, 29. n. 16. C. de jur. dot.*

vel certè per separationem liberorum, quod probat

Jus Sax. Const. Elect. p. 2. Constit. 10.

Dann zu geschweigen/ daß solche Gewonheit ratione Imperii Germanici ausserhalb der Oerter/ so sich des Sachsen-Rechts gebrauchen/ von andern in Zweiffel gezogen/

Frid. Besold. *in addit. ad Coler. 222. n. 2.*

und von dem allegirten Sichardo selbst nur dubitanter gesetzet wird.

ut notat. etiam Dn. Scip. Gent. de bon. matern.

So ist das Widerspiel in Reformat. Norica

t. 29. l. 5. §. doch daß sie ꝛc.

klärlich verordnet/ daß nemlich die Kinder auch nach ihrer Verheurathung in der Eltern Gewalt verbleiben/ und dannenhero den Vättern der Ususfructus gefolget werden müsse/

per d. t. 33. l. 1. §. ult. Ref. Noric.

zudem/ gesetzet/ wiewohl citra præjudicium veritatis, es würde etiam secundum Statuta Norica, saltem per Separationem liberorum der vätterliche Gewalt aufgehoben; So bliebe dannoch der Ususfructus dem Vatter unverruckt/ dieweil jure Statutario es das Ansehen hat/ daß der Ususfructus den Eltern/ non tàm intuitu potestatis Civilis, quam juris illius, quod natura omnibus parentibus æqualiter tribuit, gegeben werde: Sintemal auch der Mutter (quam jus potestatis in liberos habere non posse constat

ex §. fœminæ, 10. Instit. de adopt.)

zuvorderst in versamten Heurathen/ den Beysitz und Nutzung hat/ sowohl als der Vatter/

de Ref. Nor. t. 33. l. 4. §. doch soll ꝛc.

gleichwie hinwiederum nicht allein die Mutter/ sondern auch der Vatter/ durante licet potestate, per secundas nuptias, sich des Usus fructûs

verlustig machet; daß also die Verheurathung der Kinder gantz nicht zu attendiren/ sondern der Ususfructus den Eltern ohne dergleichen Unterschied billich gestattet werden müsse. Es wäre dann Sach/ daß ein anders zu Nürnberg hergebracht/ und solche Gewonheit gnugsam/ wie sichs zu Recht gebühret/ dargethan und erwiesen werden könte: Auf welchen Fall dann die interpretatio Statuti ex praxi & observantia zu nehmen seyn würde/

per tradita Petri Heig. *p. 2. qu. 17. n. 44.*
Ern. Coth. *vol. 4. resp. 48. n. 24.*

Die dritte Frage betreffend/ wird fast insgemein dahin geschlossen/ quod usufructuarius non tantùm non utendo,

l. placet. 25 ff. quibusmod. usufr. amitt. l. pen. C. de usufr.

sed etiam malè utendo re fructuariâ, jure suo cadat.

per l. hoc amplius, 9. § fin. ff. de damn. infect.
Bald. & Castrens. *in Authent. qui rem C. de SS. Ecclesia.*

Dannenhero der Schluß zu machen scheinet/ daß auch der Vatter tanq. usufructuarius in bonis liberorum adventitiis, per malum usum, sive deteriorationem rerum, des Beysitzes sich verlustig mache.

arg. l. Imperator. 50. ff. ad SCt. Trebell. l. fin. §. 1. C. de sentent. pass.
Hieronym. Schurff. *cent. 2. cons. 20. n. 23. inf. & n. 14.*

Qui eò inclinat, quod etiamsi parens sine dolo & culpa facultatibus suis lapsus sit, administratio tamen bonorum adventitiorum, & consequenter ususfructus, alimentis tantùm relictus, ipsi auferri possit. Allein/ ist hinwiederum in acht zu nehmen/ 1.) daß obige Meinung de usufructu amittendo nicht allerdings richtig/ und mit keinem textu juris gnugsam behauptet werden möge/

ut ostendit Dn. Scipio Gentil. *d. tr. de bon. matern. c. 12.*

dannenhero auch Wesembecius solche discreto judicis arbitrio heimstellet.

in π. ff. quib. mod. ususfr. amitt. in f.

Zum 2.) daß der Vatter nicht ein blosser und schlechter Usufructuarius, sondern zugleich Legitimus bonorum administrator, cujus jus multò plenius est, quàm aliorum, wie mit mehrern ausführet

Arius Pinell. *ad l. 1. part. 2. n. 16. cum seqq. C. de bon. matern.*

3.) daß die angeregte Deterioratio nicht dolo vel culpa parentis, sed injuriâ temporum & casu fortuito vorgangen/ und deßwegen der Vatter billich nichts zu entgelten habe/ noch der in den übrigen Gütern gebührende Ususfructus ihme entzogen werden solle: cùm jus legitimè quæsitum nemini sine causa & culpa sua auferri debeat,

arg. l. si testam. 10. C. de testam. ibiq; Glos. & Dd.

Ungehindert der oben angezogenen Meinung/ theils/ weil die allegirte Textus in gantz andern Terminis reden/ und also auf diesen unserm Fall keineswegs accommodirt werden können; theils/ weil auch einem prodigo & luxurioso, adeoque culpâ suâ malè utenti nicht alsbald propter interdictam administrationem; der Beysitz oder Ususfructus genommen werden mag/ uti benè deducit & probat

Dn. Scip. *Gent. d. c. 12.*

Jedoch wäre rathsam/ daß entweder die bona adventitia, da sie in Baarschafft bestünden/ in eine sichere Handlung gelegt/ und dem Vatter die Abnutzung davon gereichet/

arg. c. per vestrar. 7. X. de don. inter vir. & ux.
Immol. & Janson. *ad l. si constante, 24. ff. solut. matrim.*

oder aber jemand aus der Freundschafft adjungirt würde/ der auf sein Thun und Lassen ins künfftige acht gebe/ damit nicht etwan den Kindern noch ferners Schaden und Gefahr zugezogen werden möge ꝛc. ꝛc.

IX.

Strittige Heurath-Abrede/ und Kinder Voraus.

DJe Facti Species, worüber unser rechtliches Gutachten begehret wird/ verhält sich/ wie folget:

Es hat Herr Christoph Raminger des Raths/ und hernacher Burgermeister in des Heil. Reichs-Stadt Windsheim/ nach Absterben seiner ersten Hauß-Frauen/ Anna Oppenriederin/ mit Jfr. Cath. Bachöfin sich ehelich eingelassen/ und zwischen ihnen beeden/ so wohl den fünff Kindern erster Ehe/ eine Heuraths-Abrede/ Mütterlicher Voraus und Einkindschafft folgender Gestalt verglichen und eingewilliget worden: daß nemlich Herr Bachhofer seiner Tochter zum Heurath-Gut 300. fl. neben einem gerichten Ehe-Bette/ Schreiner-Werck und anderer Zugehör; dann Herr Ramsdorff seinen fünf Kindern erster Ehe zum Mütterlichen Voraus zu geben gewilliget und versprochen 2500. fl./ und dem Sohn 500. fl./ dafern er zum Studiren tüchtig seyn würde: Jedoch mit diesem ausdrücklichen Reservat, falls etwan durch sonderliche Verhängnuß GOttes/ entweder mit Feindes Gewalt/ oder ander unverhofftes Unglück/ das Vermögen abnehmen und geschmälert werden möchte/ man sich alsdann/ mit Zuziehung der Freunde/ eines andern und geringern Vorausses vergleichen solte: wie solches alles in der Beylage *sub Num. 1.* mit mehrerm zu sehen ist. Darauf zwar der Sohn zu den Studiis gehalten/ und die Töchter sonsten im Hauß-Wesen angewiesen worden/ jedoch hernacher/ bey ihrer nunmehro aller Verheurathung/ an dem Voraus und schuldigem Heurath-Gut ein sehr weniges/ und einem weniger als dem andern/ abgefolget worden. Und ob man wohl verhoffet/ es würde nach erlangten lieben Frieden (dafür dem Höchsten Danck gesagt) der Vatter bey seinen guten Aemtern zu einem bessern Aufnehmen gelangen/ so hat sich doch vielmehr das Wiederspiel ereignet/ indem das Hauß-Wesen je mehr und mehr abgenommen/ und so viel Schulden nach der ersten Frauen Tod gemacht worden/ daß endlich die gesamte Glaubiger aufgewachet/ die Herrschafft imploriret/ und es fast zu einem Concursu und Austheilung des Vermögens gelanget. Dadurch dann auch die Kinder erster Ehe verursachet/ in des Heil. Reichs-Stadt Windsheim sich zu-

sich zusammen zu thun/ und von neuem mit dem Vatter und der Stief-Mutter/ des Voraußes halber/ sich zu vergleichen: wie die Beylage *sub Num. 2.* mit mehrerm ausweiset. Weil es aber anizo den Laut gewinnen will/ als solte auch selber Receß nicht gehalten/ sondern die Kinder erster Ehe unter die gemeinen Glaubiger gewiesen werden; Als wird gefraget:

1.) Ob es dann von Rechts-wegen geschehen könne/ und sie/ den Voraus wegen ihres Schulden dahinten zu lassen/ verbunden seyn?

2.) Oder ob sie nicht vielmehr allen Glaubigern/ also auch der Stief-Mutter und ihren Kindern/ dergestalt vorgehen/ daß sie von den paratissimis bonis contentirt/ und intuitu hujus, obiger Receß *sub Num. 2.* auch in seinem Vigore verbleiben möge?

3.) Zumal der Vatter über den Voraus noch 90. fl. von den Oppenriederischen Erb-Geldern/ ohne der Kinder Wissen und Willen/ eingenommen/ und in das Seine verwendet/ solche 90. fl. aber in dem Receß anders nicht/ als mit dem geringen Zehenden zu Seckenheim/ so jährlich nicht wohl 4. oder 5. Metzen/ allerley Getraids/ ertraget/ ersetzen können?

4.) Ob sich auch dieser 90. fl. dergestalt zu verwegen/ daß andere Glaubiger darinnen den Vorgang haben/ und das gedachte Zehendlein/ die Kinder/ ihnen entziehen zu lassen/ schuldig seyn sollen? Wann zumalen solcher noch vorhanden/ und in specie einigem Creditori nicht versetzet ist. Solche 4. Fragen und Puncten zu erörtern/ hat es bey der

Ersten das Ansehen/ als wann die Kinder erster Ehe mit ihrem Voraus nicht unbillich unter die gemeinen Glaubiger gewiesen würden: 1.) weil

1.) weil ihnen selbst nicht geringe Schuld zuzumessen/ daß sie so lang zugesehen/ und ihr Mütterliches nicht zu rechter Zeit gefordert haben/ cùm jura vigilantibus scripta sint,

l. pupillus, 24. ff. quæ in fraudem credit.

& culpa cuique sua non alteri docere debeat.

l. electio 26. §. ff. de noxal. action.

Zum 2.) weil in dem Recess *sub Num. 2.* eine Novatio vorgangen/ indeme man des Voraus halber von neuem sich verglichen hat/

l. 1. & tot. t. ff. de novat.

Novatione autem legitimè facta hypothecæ & pignora liberantur,

l. novat. 18. ff. d. t.

Allein ist hingegen versehenen Rechtens/ daß des Vattern Güter den Kindern/ wegen ihres Mütterlichen/ tacitè verhypothecirt seyn/

l. si quis prioris. 8 §. in illo. 4. C. de secund. nupt. ibiq; Glossa & Dd. comm.

Arit. Neguzant. *de pign. memb. 4 p. 2 n. 19.*

welcher stillschweigender Verpfändung halber sie billich allen Glaubigern/ so nicht ältere Verschreibung haben/ müssen vorgezogen werden: quoniam prior tempore, jure quoq; potior esse debet.

c. qui prior 54. de R. I. n 6 ubi Gloss & Dd. l. 2 l. si pign. 8. l. 10 ff qui potiores in pignore. l 2 l 4. C eod t.

Und irret nichts/ was den Glaubigern zum besten angeführet worden. Dann 1.) die Kinder den Vatter härter zu treiben/ und Separationem bonorum zu suchen/ filialis reverentia billich abgehalten/ so mag ihnen ohnedeß es an ihren habenden Pfand-Recht keines weges nachtheilig seyn: sondern bleibet ihnen dasselbe billich unverruckt/ und können sie demnach mit keinem Recht unter die gemeinen Glaubiger gestellet werden. 2.) Ist keine Novatio im geringsten vorgangen/ alldieweil die Novatio nicht anders geschehen kan/ als mit ausdrücklichen Worten/ quod propter novationem prioris obligationis convenerint,

l. ult. C. de novat § præterea, 3. Inst. quibus mod. toll. oblig. & utrobiq; Gloss. & Dd.

davon aber im Vergleich *sub Num. 3.* kein Buchstaben zu finden ist.

Die andere Frage scheinet von der vorhergehenden ersten zu dependiren. Dann gleichwie der Voraus eine ältere Pfand-mäßige Schuld ist/ als das Heurath-Gut der Stief-Mutter/ also solte derselbe auch vorgehen / secundum communem regulam, qui prior tempore potior jure est,

d. c. qui prior. de R. I. n. 6.

wie dann auch in der Heuraths-Abrede die Abstattung des Vorausses dem Heurath-Gut der andern Frauen vorgesetzet wird. §. Furs dritte ꝛc. vers. Welcher Voraus ꝛc. Allein kan solches das so hoch privilegirte Heurath-Gut nicht zugeben. Mulieres enim ratione dotis illatæ omnibus creditoribus etiam anteriorem hypothecam habentibus præferuntur. Es wäre dann Sach/ daß in dem Voraus auch das Heurath-Gut der ersten Frauen mit begriffen wäre; auf welchen Fall die Kinder erster Ehe ratione dotis maternæ auch der Stief-Mutter vorgezogen würden. Duabus n. dotibus ex eadem Substantiâ debitis, ex tempore prærogativam manere volumus,

ait Justin. *in d. l. ult. §. 1. in f. C. qui prior in pignor.*

sonsten solte dem Vergleich *sub Num. 2.* billich nachgegangen / und so wohl die Stief-Mutter/ als Kinder erster Ehe ihrer Forderung halben vor allen andern Glaubigern befriedigt werden/ pacta n. & transactiones omninò servandæ sunt,

l. 1. ff. de pact. l. 16. C. de transact. cum similib.

da dann auch den Glaubigern kein Unrecht geschehe/ als welche ohnedessen so wohl den Kindern erster Ehe / als der Frauen ratione dotis von Rechts-wegen nachgehen müssen.

per ea quæ à nob. dicta.

3.) Dieser Punct bestehet in facto, und ist nicht zu vermuthen/ daß der Vatter / durch Einnehmung der 90. fl. / den Kindern einigen Schaden zuziehen / sondern vielmehr dieselben ihnen zum Besten anwenden wollen/ cùm plerumq; pietas paterni nominis consilium pro liberis capere soleat,

l. nec in ea. 22. §. ult. ff. ad l. Jul. de adulter.

nec ullus adfectus sit, qui paternum vincat,

de ult. pr. C. de curat. furios. & prodig.

4.) Anlangend die letzte Frage / so seynd zwar die 90. fl. keine Mütterliche / sondern von den Freunden ererbte Güter / welche zu dem Voraus nicht gerechnet / noch unter tacitam hypothecam werden mögen: So ist auch der Vatter dieser 90. fl. halben / die er sponte suâ eingenommen / potius pro negotiorum gestore quàm legitimo administratore zu halten.

arg. l. 2. & tot. t. ff. de negot. gest.

bona autem negotiorum gestoris pro gestione nusquam tacitè obligata intelliguntur,

Bart. *ad l. si constante. 24. ff. solut. matr.*
Harpr. *ad §. creditor. 4. Inst. Quibus mod. re contrah. oblig. n. 59.*

Nichts destoweniger gehören die 90. fl. ad adventitia, quorum intuitu bona patris tacitè obligata videntur. Nam si in bonis filii pro legitimo administratore se gessit, cùm non esset, dici potest introductam tacitam hypothecam æque ac si legitimus administrator fuisset,

arg. l. pro officio 20. C. de administr. tutor. vel curat.
Bald. *Nov. de tot. part. 9. priv. 8.*
Auth. Nequez. *de pignor. d. membr. 4. p. 2. n. 15. & 16.*
Matth. Berlich. *p. 1. Concl. 67. n. 15.*

Und mag also der Vatter dißfalls nicht pro negotiorum gestore, sed pro eo qui pro legitimo administratore se gessit, gehalten werden /

arg. d. l. 20. C. de administ. tut. vel curat.

In dubio enim pater non defraudare liberos, sed bona ipsorum utiliter administrare voluisse censendus est.

d. l. ult. C. de Curat. furios. &c. &c.

X. Re-

X.
Restitutio in integrum.

DEmnach uns eine figuratio Casûs, oder Facti Species, samt etlichen Beylagen/ und daraus formirten Fragen um unser rechtliches Gutachten zugeschicket worden; Als haben wir solches alles collegialiter verlesen / und mit gehörigem Fleiß wohl erwogen. Die Fragen sind diese:

1.) Ob die von Sigmund Ludwig Zorern wider Ludwig Erdingern gesuchte restitutio in integrum zu Recht beständig?

2.) Wann er Zorer des erlittenen Schadens bey dem Stief-Vatter Ludwig Erdingern nicht völlig sich erholen solte/ ob er nicht bey seines Weibs damals gewesenen Vormundern es zu suchen befugt?

3.) Ob einem Weib/ deme in pactis dotalibus die halbe Gewinnung ohne Kinder gegeben/ nicht auch/ wann Kinder vorhanden/ solche gebühre?

4.) Ob Ludwig Erdinger in seiner verstorbenen Frauen Vermögen nicht könne einen Kinds-Theil fordern/ ohneracht ihme derselbe in den pactis dotalibus nicht vermachet worden?

Hierauf nun ordentlich/ jedoch kürtzlich zu antworten: So ist bey der ersten Frage fast ein gemeiner Schluß der Rechts-Lehrer/ quod ad obtinendam restitutionem in integrum quatuor requirantur. 1.) Quod eam petens probare debeat, se tempore contracti negotii minorem 25. annis fuisse. 2.) Se læsum, idque & 3.) vel dolo adversarii, vel nimiâ facilitate suâ,

l. verum 11. §. sciendum 3. & § seq. ff. de minorib.

& denique, se adhuc intra tempora, post elapsum 25. annum, restitutioni præfinita, idest intra quadriennium, constitutum esse.

c. const. 8. X. de in integr. rustit. ibiq;
Ant. de Butr. Sichard. *ad l. 4. & 5. C. de in integr. restit. minor.*
Vultej. *vol. 1.* Marpurg. *Cons. 22. n. 31.*
Thom. Merckelbach. *apud - - - tom. 3. Cons. 68. n. 54.*
Carpz. *p. 1. Const. 26. def. 23. n. 5. & 6.*

Quamvis quartum & ultimum requisitum ab aliis improbetur & onus probandi reo impetratur,

arg. l. nam posteaquam 9. §. si minor. 4. ff. de jurejur. ibiq;
Jason. Myns. *cent. 4. observ. 16.*

de quo tamen hîc magnoperè laborandum non est. Alldieweiln in diesem unserm Fall das erste und letzte Requisitum ausser Zweiffel ist/ indem der Beklagte selbst gestehet/ daß nicht allein des Klägers Ehe-Weib zur Zeit des aufgerichteten Vergleichs minorennis gewesen; sondern auch/ laut des Tauff-Zettuls/ annoch nicht viel über 27. Jahr alt/ also die bestimmte 29. Jahr bey weitem nicht erfüllet habe.

Das andere Requisitum, daß nemlich des Klägers Ehe-Weib enormiter ja enormissimè lædirt seye/ bemühet sich Kläger daher zu behaupten/ 1.) daß die Frau Hoferin/ hernach Erdingerin/ bey Abtheilung der Hoferischen Verlassenschafft die Widerlag eingeworffen/ und davor einen Kinds-Theil genommen/ welcher so viel/ vermög gemeiner Rechten

in l. fœminæ 3. C. de secund. nupt.

als dem bekannten Gebrauch und bey der Stadt Regenspurg aufgerichteter Heuraths-Ordnung nach/ per transitum ad secundas nuptias auf des Klägers Ehe-Weib und dero Schwester/ als Kinder erster Ehe/ zuruck gefallen: und auf Abzug der weiblichen Sprüche gebracht 4293. fl. laut Beylag *sub Lit. B.* 2.) Die Frau Erdingerin in dem Vergleich/ den sie ad. 1633. den 19. Jan. mit ihrer beeder Töchter/ erster Ehe/ Vormündern des Vätterlichen halben vor dem löbl. Vormund-Ambt zu Regenspurg getroffen/ solchen ihren Töchtern/ zu ihrer Verehelichung/ eine ehrliche Ausfertigung/ ihrem Stand und Ehren gemäß/ ohne

ohne Entgeld des Vätterlichen / zu geben bedinget und ausgesetzet. 3.) Daß Ludwig Erdinger in seiner Heuraths-Abrede mit besagter Frauen Anno 1634. §. fügte sich aber ꝛc. sich ausdrücklich verbunden / obbenennte beede Töchter / gegen Nutzung ihres Mütterlichen / treulich zu erziehen / und ohne ihren fernern Entgeld zu erhalten und zu versorgen / nach Ausweiß der Beylag *sub Lit. C.* Hingegen hat Ludwig Erdinger in dem nach seiner Frauen Tod Ao. 1638. mit der Stief-Töchter Vormündern *sub Lit. D.* aufgerichteten Vergleich nicht allein der Ausfertigung gar nicht gedacht / und an statt der 4293. fl. Ruckfall nur 1000. fl. gesetzet / sondern auch wegen des ohnedessen schuldigen Unterhalts / noch 100. fl. jährlich heraus gebracht / so à tempore Contractûs auf einen Theil austrägt 650. fl. alles zum höchsten Præjudiz der Stief-Kinder. 4.) Daß Erdinger das zur Hochzeit ihnen beederseits verehrten Silber-Geschmeids nicht in das Inventarium gebracht / da doch der halbe Theil davon der Frauen gebühret hätte / per tradita

Chr. Besold. in Wesemb. *Bart. verb.* Hochzeit-Geschenck.
Adde Matth. Berlich. *p. 3. Concl. 32. n. 4.*

Endlich und 5.) daß Erdinger die in der Frauen Inventario vermeldten 4335. fl. ungewisse Schulden vor sich allein behalten / und den Kindern nicht das geringste / von demjenigen / so er seithero eingebracht / zukommen lassen; Aus welchem allen dann der Schluß leichtlich zu machen / daß die minder-jährigen Kinder nicht nur enormiter, sondern enormissimè lædirt seyn / und dannenhero billich in integrum restituirt werden müssen: cum minores etiamsi non ipsi, sed tutores eorum contraxerint, modò læsi fuerint, in integrum restituendi sint,

l. 1. & tot. tit. C. si tutor vel Curator inteven.

adeò ut licet læsio aliqua tantùm modica fuerit, tamen ea ad restitutionem sufficiat, per ea, quæ habet

Andr. Fachin. *3. controv. 4.*
Carol. Molin. *Conf. 9. n 5. & 6.*
Vult. *vol. 4.* Marp. *Conf. 30. n. 72. & 73.*

Zu diesem kommet nun 3tium Requisitum, daß in diesem unserm Fall eine arge List oder Dolus mit untergelauffen. Ubicunq; enim enormis est læsio, ibi dolus reipsa esse intelligitur,

 l. si quis

l. si quis 36 ff. de v. oblig.
Fachin. *libr. 12. Controv. c. 15. & Dd. commun. teste eod. libr. 2. c. 26.*

Quo casu etiam majoribus competere colligitur
ex l. 2. ff. de dol. mal. & mal. except.
Gail. *2. obs. 147.*

Allein dessen allen ohneracht sind wir der gäntzlichen Meinung/ daß die angegebene enormissima læsio von dem Kläger in seinen Schrifften nicht zur Gnüge/ und wie sichs zu Recht gebühret/ erwiesen worden. Dann 1.) ist man des so starck begehrten Ruckfalls im geringsten nicht geständig: Theils weil derselbe allein in den Gütern statt hat/ so per titulum lucrativum à defuncto Conjuge ad Superstitem devolvuntur, puta in lucris nuptialibus & similibus,

d. l. 3. C. de sec. nupt. &
Auth. *lucrum eod. t.*

Die verstorbene Frau aber hat ihres Ehe-Würths seel. Verlassenschafft nicht lucrativo, sondern oneroso titulo erlanget und an sich gebracht/ wie die Beylage *sub Lit. A.* gnugsam bezeuget: Theils weil dieser Ruckfall/ da er behauptet werden solte/ nicht eine geringe læsion, so wohl in der Frauen seel. Ao. 1633. als des Stief-Vatters Ao. 1638. aufgerichteten Vergleich verursachen würde: Indeme die Frau die gantze Gefahr der Verlassenschafft auf sich genommen/ und hingegen in casum secundarum nuptiarum (so damals bereit leicht zu vermuthen war) die Helffte derselben nur quoad usumfructum haben sollen: der Stief-Vatter aber in Ubernehmung der Erbschafft über 1500. fl. mehr/ als sie ihme angeschlagen/ bezahlen müssen: wie solches alles in denen uns zugestellten Schrifften mit mehrerm ausgeführet wird: dahin wir uns geliebter Kürtze halben referirt haben wollen. Da dann auch was es mit dem 2.) von der Frauen seel. versprochenen Ausfertigung: 3.) mit dem in Ludwig Erdingers Ao. 1634. aufgerichteten pactis dotalibus verglichenem Unterhalt/ und Ao. 1638. addirten jährlichen 100. fl. 4.) mit dem zur Hochzeit verehrten Silber-Geschmeid vor eine Beschaffenheit habe/ zu finden seyn wird. Adde de donis nuptialibus, oder von Hochzeit-Geschencken/ Sigismund. Finckelthaus observ. 65. Anlangend die 4935. fl. in der Frau seel. Inventario enthal-

enthaltenen ungewissen Schulden / thun die wenig zur Sachen / als welche/ wie zuvor der Frauen/ also hernach dem Stief-Vatter auf Gewinn oder Verlust überlassen worden/ wie aus dem Recess Ao. 1633. §. und anfänglich ꝛc. und Ao. 1638. §. So ist hierüber verglichen ꝛc. zu sehen ist: daß also die Kinder dabey weder Verlust noch Gewinn zu gewarten gehabt / oder noch haben. So ist auch der iztangezogene Recess dergestalt eingerichtet/ daß er Ludwig Erdingern/ sonderlich bey den schwehren und gefährlichen Läufften/ so bald schädlich als nützlich seyn können/ und zwar alles nach gemeiner Stadt und E. Erb. Vormund-Ambts-Ordnung vereinbaret und verglichen / nach Ausweiß des Recess bald im Eingang desselben. Quoties autem aliquid se habet ad lucrum & ad domnum, non potest prætendi læsio.

Modest. Pistor. *vol. 2. Cons. 2. n. 21. & 22.*

Inprimis quando minor vel Curatores ejus jure communi vel statutario usi sunt: quo Casu restitutio in integrum locum habere non solet.

l. fin. C. de in int. rest. min. ibiq;
Sichard. *n. 3.*
Vult. Marp. *vol. 3. Cons. 29. n. 249.*

Wann dann nun dieses Orts keine verisimilis læsio vorhanden / sine qua in integrum restitutio admittenda non est.

Aym. Cravetta *p. 4. Cons. 685. n. 24. & seq.*
Thom. Merckelb. apud Klock. *tom. 3. Cons. 168. n. 55.*

So fället auch bey dem 3tio Requisito der præsumptus dolus dahin. Ubi enim enormis læsio nulla est, ibi nec dolus præsumi debet,

d. l. 36. ff. de V. O.

maximè in actu, qui coram pluribus, iisque propinquis & gravibus viris (ut hic noster) gestus est,

arg. l. transactionem. 35. C. de trans. ibiq;
Bart. & Bald. Vult. Marp. *vol. 1. Cons. 32. n. 29. vol. 4. Cons. 32. n. 198.*

Das 4te und letzte Requisitum ist zwar jure communi richtig/ wie bereit oben erinnert worden; und wird hin und wieder also in acht genommen/

men/ nempè quòd major quis esse incipiat, anno 25. completo, & post quadriennium, adeoque annum 29. restitutionis tempora finiantur. Wie zu sehen bey dem

Vult. Marp. *vol. 1. Conf. 22. n. 32. & n. 105. vol. 3. Conf. 39. n. 152. & vol. 4. Conf. 32. n. 268. & seq.*

Allein seynd die Statuta und Consuetudines locorum nutzlich; indeme Jure Saxon. anno ætatis 21. majores efficiuntur,

Laud. *lib. 1. art. 42.* Lehnr. *c. 26. pr.*
Lud. Fachs. *differ. Jur. Civ. & Sax. p. 1. differ. 9.*
Bened. Reinhard. *p. 1. diff. 5.*
Zob. *p. 2. diff. 48. Statutis v. Noricis, anno 18. à curatione liberantur Reform. Nor. t. 39. l. 11. in f. ph.*

Ja/ wann der Kinder eines/ vor Erfüllung des 18. Jahrs/ ehelich bestattet würde/ solle es alsdann der Curation geledigt seyn/

d. l. 11. §. wo aber ꝛc.

Solte nun etwan zu Regenspurg auch dergleichen Gewohnheit im Schwang gehen/ wie in einer Schrifft berichtet wird/ so hätte man sich mit der læsione enormi nicht lang aufzuhalten/ sondern würde die gesuchte restitutio in integrum propter elapsum tempus præfinitum vor sich selbsten fallen. Dann weil des Klägers Ehe-Weib im 21. Jahr ihres Alters geheurathet/ und nunmehro im 27. Jahr sich befindet/ kan die Restitutio ferner nicht statt haben/ per ea, quæ habet

Matth. Berlich. *p. 1. decis. 6.*

Und irret nicht/ quod Statuta ejusmodi favorabilia sint, ut minores eò citiùs rerum suarum administrationem consequantur,

arg. l. 1. §. ult. ff. de minorib.

adeoq; in odium eorundem (ut tantò citiùs beneficio restitutionis priventur) torqueri non debeant,

l. quæ favore 6. C. de legibus.

Neque n. Statuta hæc in odium detorquentur, sed juris ordo observatur,

arg. l. ea. quæ 5. C. de temporib. in integr. restit.

ut sta-

ut statuta quam minimum à jure communi recedant, & ut duplex correctio juris communis (tàm quoad tempus majorennitatis, quàm restitutionis in integrum, *l. ult. C. d. t. de temp. in integr. restit.)* evitetur.

Decius *Cons. 356. n. 4. Xs. non obstat.*

Die andere Frage gehet die Vormünder an/ da dann zwar versehenen Rechtens/ quòd tutoribus vel Curatoribus contrahentibus minores tàm restitui rebus propriis, quàm tutorum & Curatorum sequi damna arbitrio suo possint per textum express. in l. ult. C. si tutor vel Curator interven. Allein hat solches den Verstand/ daß dem minderjährigen frey stehe/ die Vormünder propter dolum vel culpam zu belangen/ und da etwan dieselbe nicht solvendo wären/ restitutionem in integrum zu begehren: nicht aber wann sie restitutionem erhalten/ dennoch an die Vormündere den Regreß zu nehmen/

arg. l. etiam ei. 45. §.
Imperatores, *ff. de minorib.*
ibiq; Glossa & Dd. Bened. Carpzor. *Elect. respons. lib. 5. t. 8. resp. 79. n. 8. & 9.*

Und in diesem Fall um so viel destoweniger/ alldieweil kein Culpa noch Dolus zu erweisen/ oder nur zu præsumiren/ indeme dieser Receß nicht allein von der Obrigkeit confirmirt und bestättiget worden/ quæ confirmatio omnem doli præsumptionem excludit,

c. in præsentia 6 X. de renunciat.
Gail. *2. obs 1. n. 9. & 10. Argentorat. vol. 2. Cons. 83. n. 2.*
Carpz. *lib. 5. t. 6. resp. 54. n. 10. & seqq.*

sondern auch in Gegenwart und mit Einwilligung der Befreunden und Verwandten aufgerichtet/ de Contractibus autem cum Consensu Sanguineorum pupilli initis tutores rationem reddere non tenentur.

Berlich. *p. 2. Concl. 12. n. 22.*
Carpz. *p. 2. Const. 15. defens. 18. n. fin.*

Anlangend die nachgesetzte Vormünder/ haben dieselbe priorum tutorum facta nicht zu entgelten/ cùm iniquum sit, ut quis pro alterius contractu respondere teneatur,

l. 1. & tot. t. C. ne fil. pro patr. & ne uxor pro marit.

Es wäre dann/ daß sie sich culpæ priorum tutorum in etwas theilhafftig gemacht hätten/ so aber dis Orts nicht zu erweisen ist.

vid. Carpz. *d. lib. 5. t. 8. resp. 74.*
Berlich. *p. 1. dec. 72.*

Bey der dritten Frage ist eine gemeine Rechts-Regula, quod constante matrimonio adquisita solius viri lucro cedant,

l. Quintus 51. ff. de donat. inter vir & ux. c. significavit. 2.
ibiq; Gloss. *in verbo divisionem* X. *eod. t.*
Mynsf. *cent. 2. obs. 92.*
Gail. *2. obs. 78. n. 9.*
Tubing. *p. 3. Cons. 97. n. 5.*
Carpz. *in Jur. forens. p. 3. Cons. 25. defens. 8.*

Etiamsi uxoris vel utriusq; Conjugis industriâ & labore quæsita fuerint.

Petr. Heig. *p. 1. q. 29. n. 7.*
Carpz. *d. def. 8. & 9.*

Es wäre dann ein anders versehen Pacto,

arg. l. 1. § 6. ff. Depos. l. contractus 23. de R. I.

vel consuetudine aut Statuto verordnet; Wie in

Ref. Noric. tit. 33. l. 9. pr.

allda/ was durch Fleiß und Geschicklichkeit beeder Ehegenossen gewonnen/ ihnen beeden gemein ist: Item, wann Mann und Weib zu offenen Kram und Marck sitzen/ und gemeine Handthierung und Gewerb mit Kauffen und Verkauffen treiben/ als Gewand-Schneider/ Wechsler/ Krämer/ Würth und Gastgeber rc. gleichfalls Gewinn und Verlust gemein haben/

d. Ref. Nor. t. 28. l. 6.

Quod passim in Germania consuetudine vel Statuto receptum esse notat

Gail. *2. obs. 90. n. 5.*

Allein ist dißfalls allein auf das Pactum, so der Ehe-Beredung beygefüget/ zu sehen/ darinnen die halbe Gewinnung dem Weib/ wann keine Kinder vorhanden/ gegeben wird; Ist also à contrario sensu der

Schluß

Schluß zu machen/ daß/ wann Kinder da seyn/ die Gewinnung allein dem Mann zustehe und gebühre/ quod argumentum à contrario sensu fortissimum est,

l. 1. pr. v. hujus ff. de Off. ejus cui mandat. est jurisd. l. qui testamento 20. §. mulier. 6. ff. qui test. fac. poss.

& Sensus ejus aptissimus

l. si locupl. 57. in f. ff. de manumiss. vindict.
Everh. in Topicis *loc. à contrario sensu.*

Und solches dißfalls um so viel desto mehr/ weil sonsten die adjecta pactio (de casu non existentium liberorum) gantz vergebens wäre; in conventionibus autem verba otiosa esse non debent,

l. si stipulatus 4. ff. de usur. l. inter socerum. 26. §. cum inter, 2. ff. de pactis dotal.
Gail. *2. obs. 28. in f.*

Die vierdte Frage muß ex consuetudine & statutis locorum decidiret werden. Nam jus commune hoc casu Conjugi Successionem æquali portione cum liberis non tribuit, sed testamento tantum relinqui permittit.

l. hac edictali 6. C. de secund. nupt.

Statuta autem varia sunt, ut videre est

apud Carpz. *p. 3. Const. 23. def. 1. & 2.*

ubi maritus defunctâ uxore modò dimidiam, modò tertiam partem bonorum ejus accipit, ultra portionem verò in pactis dotalibus sibi assignatam nihil petere potest. Jure §. Statuto Noric. Wann ein Ehegenoß/ so zu der andern Ehe gegriffen/ allein Kinder aus erster Ehe verlässt/ so erbet das Bleibende neben und mit den Kindern einen gleichen Kindes-Theil.

Ref. Nor. 4. 33. l. 6. pr.

Wann aber Kinder aus erster und anderer Ehe vorhanden/ so wird der bleibende Ehegenoß zu keinem Kinds-Theil zugelassen/ sondern muß sich mit dem Beysitz/ oder Usufructu, in den Gütern der Kinder/ so es mit dem Verstorbenen in anderer Ehe erzeuget hat/ vergnügen lassen.

d. t. 33. l. 7. pr. & §. 1.

Wann dann in diesem unserm Fall Kinder so wohl aus anderer als erster Eh: sich befinden/ als ist Ludwig Erdinger (wofern nicht ein anders zu Regenspurg beweißlich hergebracht) keinen Kinds-Theil zu fordern befugt/ sondern wird mit dem Usufructu seinen Kindern zugefallenen Güter/ und demjenigen/ so ihme in den pactis dotalibus vermacht/ müssen zufrieden seyn. arg. eorum quæ supra dicta sunt,

Adde Constitutionem Augusti Electoris Saxoniæ, 20. p. 3. ibiq; Carpzov. &c.

XI.

Strittiges Testament 2c.

An fideicommissum familiæ ad fratris Descendentes tantùm aut simul ad Collaterales pertineat?

DEmnach uns Copia Testamenti Hn. Sebastian von Kötteriz 2c. sambt etlichen deßwegen hinc indè gerichtlich producirten Schrifften / als ; Klag-Libell, Exceptiones, Replicæ, Duplicæ, Triplicæ, Quadruplicæ und Quintuplicæ &c. auch unterschiedene daraus formirte Fragen um unser Rechtliches Gutachten zugeschicket ; Als haben wir solches alles verlesen / und collegialiter mit gehörigem Fleiß reiflich erwogen. Hierauf unsere Meinung kürtzlich (weil in den Actis weitläufftig genug von der Sachen disputirt worden) zu eröffnen.

So ist die erste Frage/ quæstio Voluntatis, was nemlich der Testator in §. Es soll aber auch 2c. durch das Wort Geschlecht und Manns-Erben verstanden ; Ob er in genere alle des Geschlechts der von Kötteriz/ also auch die remotiores agnatos, oder aber nur seines Brudern Nicol von Kötteriz Männliche Descendenten gemeinet habe?

arg. l. cogi poterit. 16. in f. pr. & l. seq. §. siquis 4. ff. ad SCt. Trebellian.

Nun

Nun ist zwar ausser Zweiffel/ quod verbum familiæ omnes ejusdem familiæ, sive remotiores sive propriores comprehendere soleat.

l. omnis 32. §. ult. l. pet. 69. § fratre, 3. ff. de Legat. 2.

Und dannenhero zu schliessen/ daß der Testator, durch das Wort Geschlecht / (oder Familiæ) nicht allein seines Bruders Nicolaus von Kötteriz Descendenten männiglichen Geschlechts/ sondern alle/ auch die Remotiores des Geschlechts der von Kötteritz mit diesem fideicommisso familiæ honoriren und bedencken wollen. Welches dann nicht allein die generalis subjecta ratio, daß der Testator bey dieser Disposition unter andern auch vornemlich auf die Conservation und Amplificirung seines Geschlechts gesehen habe / sondern auch die Worte für und für in d. §. Es solle aber auch ꝛc. gnugsam zu erkennen geben/ verba enim ista perpetuitatem notant, adeoq; ad solos Descendentes fratris Nicolai restringi non possunt. Wie solches alles in der Kläger Schrifften mit mehrern ausgeführet wird. Allein wann man das Testament und des Testatoris Scopum etwas genauer betrachtet/ so befindet sich daraus so viel; 1.) Daß er/ der Testator, nur seinen Bruder und dessen Descendenten tàm fœminas quam masculos zu Erben eingesetzet/ und einander substituirt/ seiner andern Vettern/ oder remotiorum agnatorum aber mit einigem Wort/ weder in institutione noch substitutione, gedacht habe. Und obwohl die Klägere in verbo collectivo familiæ & ratione de conservanda & augenda ea sich fundiren/ so vermag doch solches beedes contra voluntatem & intentionem Testatoris dergleichen Generalität keineswegs zu würcken. 2.) Daß des Testatoris Scopus & intentio gewesen seinem Brudern seel. und dessen Posterität durch diese Disposition wohl zuthun/ und zwar unter andern erheblichen rechtmäßigen Ursachen aus brüderlicher Liebe und Affection, so er zu ihm und ihnen getragen/ wie die ausdrücklichen Worte des Testaments mit sich bringen. Quam affectionem ad alios remotiores agnatos extendi non posse expeditum est. Und irret nicht/ daß diese ratio nicht bey dem fideicommisso, sondern bey der Erb-Einsetzung stehet; Quoniam sequentia ex præcedentibus regulanda sunt, non contra,

Coll. JCtor. Ingolstad. vol. 5. Cons.
Cothom. *resp. 9. n. 50.*

Et in contraversiis testamentariis semper investigandum est, quæ fuerit testatoris finalis intentio & adfectio, quæ opinio, quale in disponendo propositum, & quæ causa: aliàs sæpe numero in interpretandis testamentorum contraversiis verba captare & voluntati calumniam inferre promtum fuerit.

Matth. Wesemb. *p. 2. Cons. 94. n. 16. & seq.*

Welche des Testatoris intentio & adfectio 3.) dadurch noch mehr bestücket wird/ daß er in der letzten Clausula, oder §. Solten dann aber ꝛc. in casum non extantium masculorum ex fratre descendentium, nicht die remotiores agnatos, sondern die Töchter substituirt/ quæ ideò tanquam magis dilectæ & ex singulari adfectione vocatæ den Agnatis billich vorgezogen werden/

arg. l. Publius. 36. §. 1. ff. de condic. & demonst.

4.) Hat der Testator nicht in genere das Geschlecht der von Kötteriz/ sondern in specie sein Geschlecht (mein Geschlecht) honorirt: quod verbum procul dubio non frustra positum, sed cùm ipse descendentes non reliquerit, omninò ad fratris Descendentes referendum erit. Hos enim propter singularem adfectionem, familiæ suæ appellatione significare voluisse intelligitur. Dahin dann auch die ratio de conservanda & amplificanda familia gehöret/ quod tanquam consequens præcedentis dispositionis ad solos fratris Descendentes masculos pertinet: Und zielet allem Ansehen nach nur darauf/ daß die Besitzere der erkaufften Lehen die Einkünfften davon nützen/ und zu Adelichen und Tugendlichen Ubungen anlegen/ die Lehen aber selbst nicht veräussern/ sondern allezeit den Manns-Erben/ ad conservandam & amplificandam hanc Familiam, verlassen sollen/

Adde Peregrin. *de fideicom. art. 11. &*
Casp. Klock. *tom. 3. Cons. 182.*

quod Consilium licet in diversis loquatur terminis, plura tamen huc facientia continet. Zu diesem komt 5.) daß/ wann schon die Lehen verordneter massen wären erkaufft worden/ oder noch erkaufft werden solten/ dannoch die Klägere/ als Collaterales, derselben sich nicht zu erfreuen haben würden: cùm eos in feudis novis non succedere tralatitium sit.

c. de

c. de Marchia de feud. March. 1. F. 14. & c. si quis de benef. frat. 1. F. 2. ibiq;
Gloss. & Dd. Thom. Merckelb. apud Klock. *tom. 2. Cons. 34. n. 4. & seqq.*

Ohnerachtet daß die feuda nova auch zu Zeiten sub forma feudi antiqui, ut & agnati in iis succedant, concedi soleant.

Bald. *in c. alienat. n. 2. de alienat. patern. feud. 2. feud. 39.*
Alverott. *in c. quidam Vasallus n. 3. de Vasall. decrep. ætat. 2. F. 14.*
Clar. *4. sent. §. feudum q. 7. n. 2. Scult. c. 2. Concl. 13.*

Alldieweil in testamento nicht allein hievon mit keinem Wort gedacht wird/ sondern auch vermuthlicher ist/ daß diese feuda post extinctam familiam fratris, entweder dem Domino Feudi heimfallen/ oder vielmehr juxta voluntatem defuncti auf die Schwestern transferirt werden sollen/ quoniam alias quoque fœminas in feudis emtis succedere receptum, teste

Clar. *d. §. feudum q. 73. n. 6.*

& in Camera Imperiali secundum hanc opinionem judicatum fuit, referente.

Gail. *2. obs. 159. n. 5.*

Solchemnach irret nicht/ was oben de generalitate verbi familiæ & rationis subjectæ in d. §. Es sollen aber auch ꝛc. angezogen worden. Sintemal/ was es damit vor eine Beschaffenheit habe/ ex præcedentibus gnugsam zu verstehen ist. In Testamentis enim non tàm verba quàm mens & voluntas testatoris attendi debet.

l. ex fact. 35. §. rerum 3. ff. de heredit. instit. l. in conditionibus 19. pr. ff. de condic. & demonst. l. pater. 101. pr. ff. eod. t.

So mögen auch die Worte für und für/ in d. § Es soll aber auch ꝛc. dieser der Frauen beklagten Meinung und restrictioni fideicommissi ad familiam & descendentes fratris keinen Abbruch thun/ dieweil dieselbe gleichfalls in itztgedachten Descendentibus verificirt werden können: wie sie dann auch der Erb-Einsetzung ausdrücklich zugesetzet seyn/ allda sie doch

sie doch von niemand anders als des Brudern Posterität und Nachkommen in absteigender Linien müssen verstanden werden. Gleichfalls thut wenig zur Sachen/ daß des Brudern Söhne und Descendenten tanquam heredes instituti & gravati, nicht zugleich fideicommissarii seyn können; quoniam restituere coactus idem cum cogente esse nequeat.

l. ille à quo. 13. §. 4. ff. ad SCt. Trebell.

Dann zu geschweigen/ daß itzgemeldte Descendenten in feudis, in quibus non jure hereditario sed titulo singulari succeditur,

arg. c. quia §. 1. & seqq. 1. F. 1. l. quod si 16. §. 6. ff. de heredit. petit. l. 4. & l. 7. § si liberi. 6. ff. de oper. libert.
Schrad. *de feud. p. 7. c. 7. n. 38.*

nicht pro heredibus, sondern vielmehr pro fideicommissariis zu halten: so können auch wohl die heredes allodiales, oder alle insgemein um Restitution des fideicommissi ersuchet werden/

arg. l. 1. §. si autem collegium. 15. ff. d. t. ad SCt. Trebell.

& eorum quæ hebet

Nicol. Losæus *in tr. de jure univers. p. 1. n. 16. & seq.*
& ex eo Christoph. Phil. Richter *p. 1. decis. 37. n. 43.*

Und wer würden alsdann die heredes gravati & fideicommissarii seyn/ wann der Testator solch fideicommissum mit ausdrücklichen Worten ad fratris descendentes restringirt hätte? würde nicht das fideicommissum einen Weg als den andern beständig/ und die Restitutio ihren Effect erlangen können. Aus diesem nun/ und was sonsten in der Frauen Beklagtin Schrifften weitläufftiger ausgeführet wird/ erhellet verhoffentlich so viel/ daß/ obschon die von den Klägern operosè angezogene rationes juris & authoritates Doctorum in genere & suis terminis meistentheils richtig/ dannoch auf diesen unserm Fall mit Bestand schwerlich applicirt werden mögen.

Anlangende die andere Frage/ ob nemlich das Fideicommissum ad familiæ conservationem & amplificationem ordinatum, durch die letzter Clausul des Testaments: Solten aber rc. klar und deutlich genug auf des Bruders Manns-Erben restringirt worden/ und dahero

propter reciprocè ibi factam fideicommissariam substitutionem filiorum & filiarum nunmehro nach erfolgtem Fall an den Söhnen/ oberwehntes fideicommissum gäntzlich extinguirt sey? So wird dieselbe von den Klägern zweiffelhafftig gemacht/ indeme sie itztgemeldte Clausulam bloß de substitutione directa wollen verstanden haben/ welche durch angetrettene Erbschafft erlöschen/ und keine Würckung mehr haben könne. Allein seynd die verba testamenti generaliora, quàm ut restrictionem istam ferre possint: puta, wann keine Töchter vorhanden: item, wann keine Söhne vorhanden ꝛc. quæ communia sunt, & tàm ad fideicommissum quàm substitutionem directam propter singularem testatoris affectionem & enixam voluntatem referri possunt.

arg. l. cum pater. 77. §. filius 23. ff. de legat. 2.

Und solches um so viel destomehr/ weil bald hernach ausdrücklich folget: welche ich dann ingleichen per fideicommissum einander hiemit substituiren thue: Nicht allein die Töchter unter sich/ wie die Klägere vermeinen/ sondern auch die Söhne und Töchter untereinander/ ut filiis non extantibus filiæ, & his, sive ante sive post aditionem hereditatis, extinctis, filii succendant, wie die verba istius §. wann sie mit Fleiß ponderirt werden/ gnugsam zu erkennen geben. Ohnerachtet der Worte: soll accresciren und zuwachsen ꝛc. welche diß Orts nicht strictè pro jure accrescendi, deswegen es keiner besondern Disposition bedörfft hätte/ sondern generalibus genommen werden/ und eben so viel heissen: als zu gewarten oder zu erben haben sollen/ wie der Testator selbst alsbald sich erkläret/ und ohne dessen ad seu secundum defuncti voluntatem etiam impropriè verba accipienda sunt.

arg. l. 12. ambigua 19. ff. de legib.

& eorum, quæ habet

Zas. *inter Consf. JCt. German. tom. 1. Consf. 9. n. 41.*

Zudeme citra ullum veritatis præjudicium, gesetzet/ es wäre erwehnte Clausula quoad filios & filias nur de directa zu verstehen/ so hätten doch die Klägere/ als welche im gantzen Testament mit keinem Wort begriffen/ im geringsten sich der Sachen nicht anzumassen/ sondern werden die Schwestern ihren ab intestato verstorbenen Bruder seel. in seiner Verlassenschafft/ also auch in den ausgesetzten drey Theilen succe-

 diren/

diren/ und den Klägern tanquam magis dilectæ billich præferiret worden. Ist demnach der Schluß leichtlich zu machen/ daß auch diese letztere Clausula das fideicommissum familiæ ad fratris descendentes restringire/ und wegen des begebenen Falls an Brudern/ solches nunmehr gantz erloschen seye: wie in den Schrifften der Beklagtin es mit mehrern Umständen und Fundamentis ausgeführet wird/ dahin wir uns (ne actum agere velle videamur) geliebter Kürtze halben referiret haben wollen.

Bey der dritten Frage: Ob die Substitutio in d. §. Solten dann aber ꝛc. per aditionem hereditatis erloschen: und an fideicommissa ab institutis relicta etiam à Substitutis debeantur? præsupponiren die Klägere nicht allein/ daß in dem §. nur Substitutio vulgaris directa enthalten/ sondern auch/ daß in dem §. Es soll aber auch ꝛc. Sie als Manns-Erben vom Geschlecht der von Kötteriz/ saltem verbo collectivo familiæ begriffen seyn. Was aber von diesen præsuppositis zu halten/ ist allbereit oben erwehnt worden. Sonsten ist zwar versehenen Rechtens/ quod legata & fideicommissa ab institutis relicta etiam Substitutis debeantur, per Constitutionem Severi & Antonini, quæ refertur

in l. si Titio. 61. ff. de legat. 2. & l. non justam 4. C. ad SCt. Trebell.

Verùm Constitutio ista tantùm in obscura testatoris voluntate locum habet, ut tradit Ulpian.

in l. licet. 74. in f. ff. de legat. 1.

In hoc autem nostro casu satis evidenter alia defuncti voluntas apparet: Theils quoniam alia causa fuit, cur ab institutis reliquerit, quæ in substitutis cessat. Dann den eingesetzten Erben der Testator die Abnutzung von drey Viertel vergönnet/ welche den Substitutis auf die Weise gäntzlich entzogen würde/ quo casu locum non habere dictam Constitutionem idem Ulpianus docet

in d. l 74. de legat. 1.

theils weil ex ipsis substitutionis verbis & æqualitate servata inter filias & filios, manifestum est, Testatorem filias quoq; per hanc substitutionem honorare, non tantum gravare voluisse; atsi ab iis fideicommissum quoque præstandum foret, oneratæ filiæ non honoratæ

forent

forent per substitutionem, contra evidentem defuncti voluntatem, ut ex ipso Testamento & iis quæ dicta sunt, haud obscure colligitur. &c.

XIII.
Dispositio paterna cum conditione.

DEmnach derselbe uns einen Testaments-Punct samt etlichen daraus gezogenen Fragen zugeschicket / und darüber unser rechtliches Gutachten begehret; Als haben wir solches collegialiter verlesen / und sprechen nach fleissiger Erwegung vor Recht: Hat ein Vatter in seinem Testament ausdrücklich verordnet / daß / wofern eines oder mehr seiner hinterlassenen Kinder sich wider ihre Mutter und Vormündere gantz widerspenstig und ungehorsam erzeigen / oder ohne derselben Wissen und Willen verheurathen würde / demselben mehr nicht als die blosse Legitima und Noth-Erbschafft werden / und die Ubermaß samt dem ihme verschafften Legat durch solchen seinen Ungehorsam alsobalden mit der That verwürcket haben / und auf die andere noch lebende gehorsame Kinder erblich kommen und zuruck fallen solle 2c. Nach Absterben aber des Testatoris ein Kind anderer Ehe von den Vormündern zu einem ehrlichen Handwerck gethan worden / allein sich nicht nach dem besten Verhalten / sondern endlich gar davon gelauffen / und Urlaub hinter der Thür genommen / auch nunmehr innerhalb neun Jahren seines Todes oder Lebens halben nicht die geringste Kundschafft einkommen 2c.

So kan zwar 1.) wegen solch neunjährigen Ausbleibens / der abwesende Bruder Tod zu seyn / nicht præsumirt werden.

Item 2.) unter dessen die noch lebende Geschwistrigt seinen Antheil auf gnugsame Caution und Einwilligung der Obrigkeit wohl erheben.

Da dann 3.) die Geschwistrigt von beeden Banden die andern von dem Vatter allein billich ausschliessen.

Und weil 4.) man nicht wissen kan/ was der abwesende Bruder zu seiner Wiederkunfft vor Entschuldigung seines Austrettens einwenden möchte/ müsse er zuvor gehöret/ und alsdann/ nach Befindung der Sachen/ auch gegen ihm verfahren werden.

Auf allem Fall aber 5.) die Caution nicht allein auf die Legitima, sondern auf den gantzen Erbtheil der Abwesenden gerichtet werden. A. V. R. w.

XIV.
Erbschafft in einer Handlung.

DJe uns zugeschickte Faci Speciem samt den daraus formirten Rechts-Fragen haben wir collegialiter verlesen / und sprechen darauf nach fleißiger Erwegung vor Recht; Haben drey Brüder A. B. C. ihres Vattern seel. Handlung sich angemasset/ dieselbe in ihrem Namen/ als Gesellschaffter/ geführet/ und allerhand Commissiones bedienet / auch damit ansehnliche Provisiones und Recompens erworben; Und aber sich begeben/ daß etwan ein halbes Jahr hernach der eine Bruder A. gestorben/ und alle seine Baarschafft und Handels-Effetti den zween überlebenden Brüdern B. und C. per Testamentum dergestalt verschaffet/ daß sie die Abnutzung davon seiner Ehewürthin/ so lang sie lebet/ jährlich fünff vom Hundert gerechnet/ zustellen und einhändigen/ das Eigenthum aber ihnen beeden verbleiben/ und wann einer vor dem andern lediges Standes versterben würde / sein Antheil dem andern zuwachsen/ und dann derselbe davon den vierdten Theil ihrer Schwester D. heraus geben/ und deßwegen bey seiner Anzeige gelassen werden solle: darauf diese zween hinterbliebene Brüder B. und C. ihres verstorbenen Bruders A. Handels-Gebührnuß ausfindig zu machen/ zu ihrem guten Vortheil mit dessen Frau Wittib sich berechnet/ und ohne ordentliche Inventur einer gewissen Summa jährlich zu verzinsen sich verglichen/ das übrige ihnen selbsten zu ihrem Handels-Profit und proper-Gut/ damit nach Belieben zu schalten und zu walten/ zugeeignet. Dann ferners nach zweyjährig-fortgeführter Handlung der ander

ander Bruder C., und zwar ohne Testament und ledigen Stands/ auch Todes verfahren.

So ist fürs Erste das Eigenthum der vom Brudern A. ererbten Handels-Portion, und zwar nicht allein so viel dessen Fr. Wittib angegeben/ sich mit ihr verglichen/ und ihr verzinset worden; sondern/ so viel sich in der Warheit befunden/ dem noch lebenden Brudern B. allein/ vermög des Testaments/ verblieben/ die übrigen aber des C. Verlassenschafft/ so er etwan anfangs vor sich selbst gehabt/ oder hernach mit dem verschafften Capital über die der Fr. Wittib bezahlte Interesse, gewonnen/ erspahret/ oder sonsten auf alle andere Weiß und Wege an sich gebracht hat/ wie solche Namen haben mögen/ den nechsten Erben ab intestato zugleichen Theilen erblich zugefallen.

Dann zum andern so kan er auch bey seinem blossen Angeben keineswegs gelassen werden; sondern ist er ohngeacht des Bruders A. Testamentlicher Disposition, welche mit des C. eigenthümlicher Verlassenschafft nichts zu thun hat/ ein betheurliches Inventarium aufzurichten/ ordentliche Rechnung zu thun/ die Handels-Bücher und andere Scripturen vorzulegen/ und sonsten alle dasjenige/ so er dem C. in seinem Leben nicht versagen können/ nunmehr dessen Erben/ welche an seine Stelle tretten/ und ihn repræsentiren (jedoch ausser Fortsetzung der Gesellschafft-Handlung) zu leisten schuldig. A. V. R. w.

XV.

Dispositio inter liberos, quæ saltem Schedulâ sine hæred. institutione facta &c.

DEmnach uns dieselbe Copiam einer Dispositon inter liberos zugeschicket/ und darüber: Ob solche in Rechten gültig oder nicht? unser Gutachten und Meinung zu rationibus decisionis begehret; Als haben wir sie collegialiter mit allem Fleiß erwogen/ und so viel befunden/ daß es anfangs zwar das gäntzliche Ansehen habe/ als könte itztangeregte Dispositio inter liberos, wo nicht als ein Testament/

jedoch als ein Codicill, oder ja simplex divisio bonorum zu Recht bestehen. Dann erstlich dergleichen Dispositiones, so von Vatter und Mutter zwischen ihren Kindern oder Enckeln vorgehen / dermassen im Rechten privilegirt / daß sie nicht allein in Beyseyn zweyer Zeugen /

Gloss. & Dd. *in l. hac consultissima 21. § ex imperfecto 1. &*
Auth. *Quod sine C. de testam. Jul. Clar. 3 sent. §. testamentum q. 8. n. 2.*
Rol. à Valle *vol. 1. Cons. 82. n. 19.*

sie seyn gleich Manns- oder Weibs-Personen / absonderlich erbetten / oder ohngefehr darzu kommen /

Clar. *d. q. 8. n. 4. & 5.*
Gail. *2. obs. 112. n. 5. & 6.*
Hartm. Pistor. *p. 1. q 1. n. 1. 2. & 3.*

sondern auch gantz ohne alle Zeugen verfertiget und aufgerichtet werden mögen / wann sie nur von dem Testatore selbst geschrieben / oder ja unterschrieben würden

N. 107. c. 1. & d.
Auth. *Quod sine C. de testam. ibiq;*
Gloss. & Dd. Franc. Mandic. *de conject. ult. volunt. lib. 6. c. 2. n 2.*
Hartm. Hartm. *ab Epping. Pract. obs. t. 38. obs. 5. n. 1.*
Zas. *Cons. 95. vol. 1.*

frustra contradicente Cujacio.

Cons. 1. & Gipb. in d. l. 21. §. 1. C. de test. quorum fundamentis respondent.
Fachin. *4. contrav. 1. &*
Ant. Fab. *dec. 35. error. 2.*

Ohngeacht nicht zu erweisen / daß solch Concept oder Zettul von dem Testatore wiederum überlesen und publicirt worden wäre; sintemal die publicatio so nicht ad substantiam, sondern nur ad solennitates Testamentorum gehörig / in testamento inter liberos nicht in acht genommen wird.

Herm. Vult. *inter Cons.* Marp. *Cons. 29. n. 21.*

So thut auch nichts hierwider die Ungleichheit/ so zwischen den Kindern dißfalls sich ereignet. Dann ob wohl etliche Dd. dafür halten wollen/ als müste in testamento inter liberos eine Gleichheit gehalten werden/ oder/ in Vergleichung derselben/ zuvorderst da die Ungleichheit groß/ das Testament ungültig seyn.

Valent. Forst. *de success. lib. 4. c. 24. n. 2.*
Clar. *de §. testamentum. q. 14. n. 8.*
Vult. *d. Cons. 29. n. 109. & 110.*
Ern. Cothom. *vol. 1. Cons. 3. n. 36. & Cons. 6. n. 38.*

So ist doch dißfalls diese Meinung/ zu geschweigen/ daß ohnedessen die Ungleichheit so groß nicht ist/ den geschriebenen Rechten und gemeinen Schluß der Rechts-Gelehrten zuwider.

l. filii 16. l. fin. C. d. t. famil. ercisc. d. l. 21. §. 1. &
Auth. *Quod sine C. de test.*
Franc. Mant. *d. lib. 6. c. 2. n. 11. & 12.*
Gail. *d. obs. 112. n. 24.*
Fachin. *4. contr. 2.* Hartm. Pistor. *d. q. 1. n. 11.*
Roland. à Valle *d. Consil. 82. n. 19. & Dd. com. teste*
Clar. *d. q. 14. n. 8.*
Adde Ant. Fabr. *d. Dec. 35. err. 3. in fin.*

Fürs andere/ da schon bey dieser Disposition wider Verhoffen einiger Mangel sich befinden solte/ so wäre doch derselbe gnugsam supplirt per Clausulam Codicillarem, quæ etiamsi expressa non sit, ex conjectura tamen Voluntatis ejusmodi dispositionibus semper inesse intelligitur, & hoc operatur, ut si non jure testamenti, saltem in vim Codicillorum valeant & sustineantur.

Gloss. *in l. coheredi 41. §. quod si heredem 3. verb. non valuit. ff. de Vulg. & pup. substit.*
Bald. Alex. & Jas. *in d. l. hac consultissima C. de testam.*
Mant. *c. d. c. 2. n. 25.*
Gail. *d. obs. 112. n. 1.*
Jul. Clar. *d. §. testamentum q. 8. n. 8.*
Hart. Pistor. *d. p. 1. q. 2. n. 16.*
Curt. Sen. *Cons. 75. n. 12.*
Cothom. *d. Cons. 3. n. 20.*

Vor-

Vornemlich wann keine Erben eingesetzet / sondern nur Legata den Kindern verschaffet wären.

Mantic. *d. c. 2. n. 18.*

Drittens wird auch die Clausula, omni meliori modo &c. in dergleichen dispositionibus tacitè verstanden/

Mantic. *d. c. 2. n. 25.*
Curt. Sen. *Conf. 75. n. 12.*

eamq; plus operare voluntatem, quam codicillarem & hoc efficere, ut si quid pater filio simpliciter reliquerit, institutionis titulo relictum censeatur.

Curt. Jun. *Conf. 30. n. fin.*
Cæsar. Ursill. *in addit. ad decis. Neapol.*
Matth. de Afflict. *dec. 44. n. 2.*

Hinc si dispositio hæc nostra nullo alio jure valere poterit, valebit ad minimum jure simplicis divisionis bonorum,

per l. fin. & Auth. seq. C. famil. ercisc.
Hartm. Pistor. *d. p. 1. q. 2. n. fin.*
Pantschman. *d. lib. 2. q. 4. n. 8.*
Gail. *d. obs. 112. n. 9. & d. lib. 2. obs. 116.*

Zum vierdten/ so ist ein imperfect und unvollkommen Testament zwar jure Civili unkräfftig/

l. ex imperf. 23. ff. de leg. 3. & l. 3. C. de testam.

aber nicht zugleich auch jure Nat. & Gentium, sed eo jure obligationem naturalem producet efficacem, cujus beneficio in foro conscientiæ & animæ illud ab herede observari debere Dd. communiter concludunt.

Franc. Mandic. *de Conj. ult. vol. lib. 2. c. 14. n. 9. & seqq.*
Fachin. *d. lib. 4. Contr. c. 5.*
Cæs. Ursill. *decis. 43. n. 6.*

Nun wird in den Testamentis parentum inter liberos nicht rigor juris Civilis, sondern æquitas Juris naturalis & gentium attendirt/

Clar. *d. §. testamentum, q. 8. n. 1.*
Gail. *d. obs. 112. n. 2.*

Hartm.

Hartm. Hartm. *ab Epping. d. t. 38. obs. 3. n. 11.*
Vult. *d. Cons. 29. n. 19.*
Cothom. *d. Cons. 6. n. 5.*

Seynd also die Kinder (welche auch sonsten den Eltern zu gehorsamen schuldig/

l. 9. & 10. ff. de obseq. parent. & patron. præstand.)

um so viel destomehr/ diesen letzten Willen der Mutter anzunehmen/ und demselben nachzukommen/ verbunden.

arg. l. cum pater. 77. §. evictis. 8. ff. de leg. 2. l. ex qua 149. ff. de reg. Jur.

Zum fünfften ist auch dieses allhier wohl in acht zu nehmen/ quod semper in dubio ea capienda sit interpretatio, ut actus valeat potius, quàm pereat,

l. quoties 67. ff. de R. I. & ibi Dd.

undè vulgo traditum est, ut si quædam videantur testamento favere, quædam contradicere, prævaleant ea quæ favent, & in dubio potius pro Testamento quàm non illud judicandum & pronunciandum sit,

per text. in l. si pars. 10. ff. de inoff. test.
Franc. Mantic. *d. lib. 2. c. 15.*
Rol. de Valle *d. Cons. 82. n. 17.*
Vult. *d. Cons. 29. n. 28.*

cùm nemo præsumatur eam elegisse viam, per quam supremum ipsius subvertatur judicium.

l. 3. ff. de test. milit.
Gædd. *inter Cons. Marpurg. vol. 3. Cons. 28. n. 42. & seqq.*
Joh. Georg. Besold. *Dec. 2. Cons. 6.*

Allein diesen allen ohngeacht/ so halten wir gäntzlich dafür/ daß uns zugeschicktes Concept weder vor ein Testament noch Codicill, noch auch eine Abtheilung der Güter zu Recht gelten und passiren könne. Dann

Zum ersten ist unfehlbaren Rechtens/ daß die Erb-Einsetzung das Hauptstück und Fundament eines jeden Testaments ist/

§. ante 14. Instit. de Legat. l. 1. ff. de hered. instit. l. 1. ff. de vulg. & pupill. substit. l. fin. ff. de jur. Codic.

also daß keine Dispositio, ne militaris quidem,

§. 1. Inst. de milit. testam.

ohne dieselbe ein Testament seyn/ oder genennet werden möge.

arg. l. 1. ff. d. t. de jur. Codicill. & l. non Codicillum 14. C. de testam. ibiq;
Gloss. & Dd. Mantic. de conject. ult. volunt. lib. 4. c. 1. n. 1.
Vult. de Cons. 29. n. 18.
Gædd. d. Cons. 28. n. 5. & 6.

Ob nun zwar in unserm Fall Eingangs ausdrücklich der Erben Meldung geschiehet/ so befinden sich doch hernacher keine/ so darzu benennet wären; sondern beruhet die gantze Dispositio bloß und allein auf Verschaffung und Austheilung etlicher Legatorum; Kan demnach diese Schedula vor kein Testament mit Bestand gehalten werden. Und irret nichts/ daß auch die Divisio bonorum inter liberos facta für eine Erb-Einsetzung geachtet wird.

Pantholmann. d. lib. 2. q. 4. n. 3.
Wesemb. p. 1. Cons. 39. n. 22. & 23.
Cothom. d. Cons. 3. n. 18. & 19.

Dieweil solches nicht von einer jeden particulari divisione, sondern da die gantze Erbschafft unter die Kinder ausgetheilet wird/ verstanden werden muß.

arg. l. quoties 10. ibiq; Gloss. in verb. divid. &
Bald. n. 3. C. famil. ercisc.
Gail. d. lib. 2. obs. 116. nov. &c.

So kan auch keine tacita institutio ex consequentia verborum allhie erzwungen werden. Licet enim prælegata non nisi heredibus relinqui possint,

l. unum. 67. §. si duos 4. & l. cùm pater. 77. §. evictis. 8. ff. d. legat. 2.

tamen & ab intestato hodiè rectè relinquuntur.

l. 2. C.

l. 2. C. communia, de legat. §. sed non usq; 3. Instit. de leg. juncto §. praeterea 10. Inst. de fideicom. hered. & l. ult. C. de hered. nisit.

(quâ ad tacitam institutionem probandam aliàs Dd. utuntur, sed in aliis planè terminis loquitur, ut ex ipso textu satis apparet.

Adde Sichard. *n. 8. &*
Mantic. *de conject. ult. volunt. lib. 4. c. 1. n. 8. & seqq.*

Gleichfalls thut wenig zur Sachen/ wann man sich auf die Nürnbergische Reformation bewerffen wolte/ welche auch die Geschäffte darinn kein Erb benennet/ für kräfftig hält/

t. 29. l. 9. pr.

dann dieses nicht auf ein Testament/ sondern auf ein Codicill zu deuten; cùm ut Testamentum sine heredis institutione sit, Statuto vix effici posse videatur.

arg. d. l. 14. C. de testam.

oder ja nur von denen Testamenten/ so juxta formam Statuti Norici unter zweyer Genannten Insiegel verfertiget/ zu verstehen seyn wird.

2.) Haben auch die Testamenta inter liberos ihre gewisse Form und Requisita, unter denen nicht das geringste/ daß die Zeit/ Monat und Tag/ darinnen sie aufgerichtet/ darunter gezeichnet werden soll/

d. N. 107. c. 1. & d. Auth. Quod sine C. de testam.

damit man auf allen Fall/ da sie etwan mehr als eine dergleichen Schedula ereignen solte/ dannoch wissen könte/ welche für die letzte und rechte zu halten seye.

Jas. *in d. Auth. Quod sine n. 3.* Sich. *n. 1.*
Clar. *d. §. testamentum, quaest. 14. n. 2.*
Hartm. Hartm. *d. t. 38. obs. 5. n. 9.*
Pantschm. *d. q. 1. n. 14.*
Hart. Pistor. *d. l. 1. q. 2. n. 1.*
Matth. Coler. *Dec. Germ. 36. n. 7.*
Matth. Berlich. *Decis. 90. n. 2. 3. & 4.*

Weil dann in dieser unserer Dispositio gantz keine Zeit/ zu welcher sie geschehen/ zu befinden/ wird sie zweiffelsfrey für kein Testament gelten oder bestehen können / quemadmodum Lipsenses ejusmodi testamentum paternum ob diem prætermissum invalidum pronunciarunt.

Decis. Lips. 714. &
Hier. Schurff. *cent. 2. Cons. 28. n. 4.*

3.) So kan unsere offtgemeldte Dispositio für kein Codicill ab intestato gehalten werden; sintemal weder fünff Zeugen / secundum communem Codicillorum naturam. l. ult. §. ult. C. de Codicill. noch die Form/ so in

N. 107. c. 1. & Auth. Quod sine C. de test.

vorgeschrieben / gebraucht worden / welche doch nicht allein in testamento, sondern auch Codicillo inter liberos in acht genommen werden muß/

l. fin. C. fam. ercisc. junctâ d. N. 107. c. 1. & d. Auth. Quod sine, C. de testam. arg. l. hac consultissima 8. C. qui test. fac. poss.

ubi ex eo textus quod in Codicillis à cæco conficiendis eandem solennitatem quam in testamento requirit, nec ejusmodi testamentum in vim Codicillorum valere Dd. comm. concludunt, teste

Hartm. Pistor. *d. p. 1. q. 2. n. 20. & seqq.*

4.) Mag sie auch schwerlich als ein simplex bonorum divisio bestehen; nicht zwar ex hoc fundamento, quod

d. l. f. C. famil. ercisc.

etiam quoad divisionem correcta sit,

per. d. N. 107. c. 1.

adeoq; eædem solennitates in ea, quæ in testamentis requirantur; sondern vielmehr weil diese Divisio nicht absonderlich/ sondern in einem vermeinten Testament vorgangen/ und dannenhero ohne dasselbe keine Krafft haben könne.

d. N. 107. C. 1. v. si verò &
Hartm. Pistor. *d. q. 2. n. 27.*
Hier. Pantschm. *d. lib. 2. q. 4. n. 7.*

5.) Befindet sich in unserer Disposition auch ein Defectus und Unvollkommenheit ratione voluntatis, cujusmodi imperfectio testamenta omninò infirmat, ut neque ad pias causas, neque inter liberos ullo modo valere possint.

l. si. q. 25. ff. qui testam. fac. post. ibiq;
Gloss. & Dd. Sichard. *add. l. 21. §. 1. n. 2. C. de testam.*
Clar. *d. §. testamentum, q. 9. n. 1. & q. 7. n. 4. in f.*
Myns. *cent. 5. obs. 28.* Gail. *d. obs. 112.*
Cæs. Ursill. *d. decis. 43. n. 6.*
Ernest. Cothom. *vol. 5. Resp. 10. n. 305.*
Pantschm. *d. lib. 2. q. 3. n. 1. & seqq.*

Daß aber eine imperfectio voluntatis diß Orts mit unterlauffet/ ist dahero gnugsam zu erweisen/ daß die Testatrix nicht allein solenniter juxta formam Statuti Norici ihren letzten Willen verordnen wollen/ solches aber nachmals ins Werck zu setzen unterlassen/ wie aus dem Concept selbst mit mehrern zu sehen; sondern auch im Eingang zwar der hernach benannten und eingesetzten Erben ausdrücklich gedencket/ und doch ferners keine mit einigem Wort benennet oder eingesetzet: Uber dieses das Concept oder vermeinte Testament nicht beschlossen/ oder zum Bestand verfertiget/ sondern also unvollkommen ersitzen lassen/ procul dubio, quòd pœnitentiâ ducta ab hac voluntate postmodùm recesserit, vel certè aliis negotiis impedita, curam ejus perficiendæ abjecerit. Quæ omnia voluntatis imperfectionem satis apertè arguunt,

arg. d. l. si is, qui. 25. ibi: Si constaret voluisse plures &c. ff. q. testam. fac. poss. & l. quoties 9. §. tantundum 5. ff. de hered. instit.
Bernh. Wurmss. *t. 39. obs. 5. n. 6. & 7.*
Hartm. Hartm. *d. t. 38. obs. 3. n. 2. & seqq.*
Pantschm. *d. q. 3. n. 6. & seqq.*

cùm præparasse potius testamenti exemplum quàm testamentum condidisse videatur,

arg. l. ex ea Scriptura 29. ff. qui test. fac. post. & l. fideicommissa 11. §. quoties 1. ff. de legat. 3.
Clar. *d. §. testamentum, q. 7. n. 3. & 4.*

Non obstante

l. si testament. 8. C. de instit. & substit.

quæ eo demum casu procedit, quo Testator non in eadem ultima voluntate amplius aliquid dispositurus erat, sed in aliud tempus reservavit, & postea morte præventus id non fecit.

l. cum pater. 77. §. ult. ff. de Legat. 2. Curt. jun. Consil. 12. n. 1. & seqq.
Cæsar. Ursill. *n. 7.*
Adde Gloss. *ad d. l. 8. C. de instit. & substit.*

Minus movet, quod de testamento incompleto

in d. l. fin. C. fam. ercisc.

scriptum est; quoniam illud non de imperfectione, ratione voluntatis, sed Solennitatis accipiendum est.

Gloss. & Dd. *comm. ad d. l. fin. C. famil. ercisc.*
Fachin. *lib. 4. contrav. c. 4.*

Aus diesem nun ist leichtlich auf oben angezogene Gründe und Motiven zu antworten;

Dann erstlich seynd zwar die Testamenta inter liberos in Rechten höchlich privilegiret/ daß sie auch zu Zeiten den Militaribus vorgezogen werden.

Castrens. & Jas. *in d. l. 21. §. 1. C. de testamentis.*
Vult. *d. Cons. 29. n. 19.*
Cothm. *d. cons. 6. n. 6.*

Allein ist doch nicht genug/ daß sie von den Eltern mit eigner Hand geschrieben oder unterschrieben worden/ sondern muß die Form/ so

in d. N. 107. c. 1. & Auth. Quod sine C. de test.

vorgeschrieben/ præcisè observirt werden/ wie bey unserm 1. & 2. Fundament mit mehrern erwehnet worden.

Der andere Einwurff hat seine Abfertigung durch unsere dritte rationem decidendi, da erwiesen/ daß die vorgeschriebene Forma

in d. N. 107. c. 1.

sowohl

sowohl die Codicillos, als auch die Testamenta inter liberos betreffe; zu geschweigen/ daß die tacita Codicillaris Clausula den Rechten unbekannt/

l. 1. ff. de Codic. & l. fin. §. 1. C. eod. t.

und dannenhero von etlichen Dd. in Zweiffel gezogen wird/ sicuti animadvertit

Menoch. *4. præsumt. 31. n. 16. & ex eo refert.*
Bernh. Guev. *Pr. Concl. 2. concl. 112. n. 2.*
Adde Ant. Fabr. *Dec. 36. error. 1.*

So mag auch zum dritten die Clausula omni meliori modo &c. wenig fürtragen/ theils weil sie nicht expressa, de quo casu loquitur allegatus Hartm. Pistor. d. q. 1. in f. und gleichfalls tanquam juri nostro incognita so gar richtig nicht ist; theils weil die Divisio in einem vermeinten Testamento geschehen/ und deßwegen als ein Accessorium dem Principali folgen muß/ per ea quæ in quarta ratione decidendi dicta sunt; zudem kan weder die Clausula Codicillaris noch diese omni meliori modo &c. auf die Testamenta ratione voluntatis imperfecta & nulla extendirt werden.

Mantic. *de Conject. ult. vol. lib. 1. c. 9. n. 13.*
Gail. *d. libr. 2. obs. 14. n. 12.*
Pantschm. *d. lib. 2. q. 3. n. 17.*

Fürs vierdte/ zu geschweigen/ daß die opinio de obligatione ex testamento etiam imperfecto in foro conscientiæ ab herede observando, von vielen Dd. nicht ohne Schein des Rechtens angefochten/ und fortissimis rationibus oppugnirt wird/ wie zu sehen bey dem

Covarruv. *in c. cum esses 10. X. de test.*
Mantic. *de conject. ult. volunt. d. libr. c. 14.*
Jul. Clar. *d. §. testament. q. 90. n. 4. in f.*

So kan sie auch anders nicht/ als in testamento ratione solennitatum imperfecto zugelassen werden. Nam imperfectio ratione voluntatis in ipsum jus naturale & Gentium incurrit, adeoque Testamentum omnino nullum reddit, ut docet Filex

in d. l. 21. §. ex imperfecto C. de testam. & ex eo
Pantschm. *d. q. 3. n. 2.*

Letzlich

Letzlich muß auch das so de interpretatione testamenti, ut valeat potius, quàm pereat, eingeführet wird/ einig und allein auf den Casum testamenti imperfecti ratione solennium gezogen werden. Dann wofern die Dispositio auch ratione voluntatis imperfecta, adeoq; omni jure nulla wäre/ dörffte die Interpretatio vergebens/ und wohl gar des Disponenten Meinung selbst zuwider seyn. &c. &c.

XVI.

Hereditas avita.

Consulti de Quæstione in supra scripto Consilio diligenter excussâ, perpensis omnibus facti & personarum circumstantiis, eò sanè promtiùs suffragamur Sententiæ existimantium Dn. Wolffgangum Adamum ad avitam hereditatem admittendum esse, quò certus est, Testatorem per fideicommissum filiis vel filiabus relictum nepotibus quoq; suis prospexisse.

l. cum acutissim. C. *de fideicomm. l. 6. §. cum autem* C. *de institut. & substitut.*

Idque non tantùm, quoniam filiorum vel filiarum appellatione nepotes, quatenus de favore & commodo ipsorum agitur, continentur,

l. filii, 84. l. justa. 201. ff. de V. S. Dd. in l.
Gallus §. *instituens ff. de liber. & posthum.*
Ant. Fab. *in Cod. lib. 6. t. 18. def. 4. Dec. cons. 391.*
Socin. Jun. *vol. 1. concl. 114. n. 3.*

Sed etiam quod Testator magis Nepotes quàm personas extraneas dilexisse præsumatur, secundum tradita

Gloss. *in l. precibus pr.* C. *de impub. & aliis substit.*
Ant. Faber. *d. lib. 6. t. 20. def. 31.*

Accedit, quòd quando eadem subest ratio, vel alia conjectura, aut probabilitas de mente disponentis, ut his nostris terminis, tunc etiam ad casum omissum extendatur dispositio. Immò non omissum sed expres-

expressum censetur, quod ex conjecturis vel præsumtionibus colligitur.

Bart. *in l. Prætor. ait. pr. n. 1. ff. de nov. oper. nunc.*
Jason. *ibidem & in l. licet. 74. n. 5. & 8. ff. de Legat. 1.*
Tiber. Decian. *Cons. 34. n. 98. & 99. vol. 3.*

Sic Paris. tradidit, eum casum non posse dici omissum, qui venit ex conjectura vel ex mente disponentis.

Cons. 75. n. 38. & Cons. 77. in f. lib. 2.

Quæ omnia cum ab authore Consilii sufficienter exposita, simulq; ea, quæ in contrarium facere videbantur, solidè refutata sunt, plura addere supersedentes, superiùs propositam Sententiam Subscriptione duntaxat nostra & approbatione confirmamus. In cujus rei testimonium Sigillum Facultatis nostræ majus apposuimus &c.

XVII.

Dispositio nuncupativa coram sex matronis nobilibus, tempore pestis, an sit rata & valida?

ANno 1635. den 23. Julii ist zu Ulm in G. seelig verschieden Tit. Frau Maria Salome von Schlammersdorff / eine gebohrne von Knörringen / hat aber kurtz vor ihrem seel. End / Frau Annam Ursulam von Schlammersdorff / eine gebohrne von Gundelsheim ꝛc. neben andern Adel. Weibs-Personen / zu ihr erfordern lassen / und ihnen sämtlich zu verstehen gegeben / wie daß sie wegen ehelicher Lieb und Treu / so ihr Juncker / Herr Gottfried von Schlammersdorff / Fürstl. Brandenb. Rath und Ambtmann zu Burgthan ꝛc. in wehrender Ehe ihr erwiesen / gern ein ordentlich Testament machen wollen / allein darzu nicht gelangen mögen: jedoch wäre diß allezeit ihre Meinung gewesen / auch noch / daß sie WohlEdelgedachten ihren Junckern zum Erben ihrer Verlassenschafft einsetzen und benennen wolte / und solches so lang repetirt / biß sie kurtz darnach in dem HERRN entschlaffen.

Welche Worte dann auch ihre der seel. Frauen leibliche Schwestern/ als Erben/ ab intestato selbst mit angehöret und acceptiret / wie aus dem Instrumento attestationis und andern mir zugeschickten Schreiben mit mehrern zu vernehmen.

Wird demnach gefraget/ ob itzterzehlte Worte für einen beständigen letzten Willen zu achten/ also/ daß vermög derselben der Herr von Schlammersdorff seiner verstorbenen Hauß-Frauen seel. Erb- und Verlassenschafft sich mit Recht anzumassen habe?

Anfangs nun hat es das gäntzliche Ansehen / daß oben erwehnte Worte weder ein Testament/ noch Codicill, noch anderer beständiger letzter Wille seyn/ oder genennet werden können.

Dann 1.) ausser allem Zweiffel/ daß dißfalls kein ordentliches Testament gemacht und aufgerichtet worden; wie solches nicht allein die Zeugen in dem Instrumento attestationis ausdrücklich melden/ sondern auch daraus gnugsam zu ersehen/ daß die Solennitates (nemlich sieben Zeugen / und zwar Manns-Personen / sonderlich darzu erbetten) keinesweges adhibirt worden: welche doch in einem jeden Solenni Testamento erfordert werden.

l. hac consultissima 21. C. de testam. ibiq;
Gloss. Dd. Jul. Clar. *3. Sent. §. testamentum, q. 56. n. 1. & 2.*

So kan es 2.) nicht als ein Testamentum imperfectum tempore pestis confectum gelten. Dann obwohl in demselben etliche Solennitates sowohl jure Communi als zuvorderst Consuetudine & Statutis locorum aufgehoben: jedoch müssen auch diesem/ Jure Civili secundum veriorem opinionem, sieben/

l. Casus 8. C. d. t. de testam.
ubi Giph. Matth. de Afflict. *decis. 25. n. 2.*
Boër. *dec. 228.*
Fachin. *5. controv. 92. ex consuetudine,* fünff/
Bald. *in l. fin. n. 1. in f. C. de testam. & Dd. comm. teste*
Clar. *d. q. 56. n. 3.*
Roland. à Valle *vol. 1. Cons. 81. n. 15. & seqq.*

oder

oder aber zum wenigsten zween Zeugen/ und zwar Manns-Personen/ beywohnen/

Refor. Nor. t. 29. l. 1. §. aber in Zeit ꝛc.

deren abermals keines bey diesem Actu zu finden.

3.) Mag es auch für kein Codicill oder andern letzten Willen passiren; sintemal in demselben gleichfalls fünff Zeugen/

l. fin. §. f. C. de Codic.

und/ nach vieler Meinung/ Manns-Personen erfordert werden.

Dec. in l. 2. ff. de R. J. n. 26.
Tiraq. *in legib. Connub. l. 9.*
Gloss. *1. p. 9. n. 60.*
Treutl. *vol. 2. d. 5. th. 8. Lit. E.*

4.) Ist diese Dispositio (wofern einige vorhanden) unvollkommen/ indeme die Frau von Schlammersdorff seel./ ihren letzten Willen zu ordnen/ durch den Tod verhindert worden/ wie die Zeugen selbst gutwillig gestehen. Dispositio autem ratione voluntatis imperfecta, nulla est, neq; ad pias causas, vel inter liberos ullum habet effectum.

Clar. *d. §. testam. q. 6. n. 4.*
Marpurg. *vol. 3. Cons. 27. n. 4. Cons. 29. n. 42. Dd. comm.*

5.) Da die Worte etwas genauer betrachtet werden/ scheinen sie vielmehr einem blossem Willen / als einiger beständiger Disposition gleich zu seyn: Sintemal die seel. Frau zwar den gegenwärtigen Adel. Frauen und Jungfern zu verstehen geben/ wie sie gern ein Testament und letzten Willen aufrichten wollen/ aber doch nicht darzu gesetzet/ daß sie auf allen Fall ihren lieben Junckern zum Erben ernennet und eingesetzet haben wolte. Aliud enim est testari & disponere velle, aliud actu ipso testari & disponere,

arg. in bonæ fidei, ff. de eo quod certo loco.
Bart. *in l. pupillus ff. ad l.*
Falcid. Cæphal. *libr. 2. Cons. 225. n. 35.*

6.) Ist nicht genug/ daß sich jemand/ in Gegenwart etlicher Zeugen/ verlauten lasse/ er setze diesen oder jenen zum Erben ein/ oder ver-

schaffe ihm seine Güter; sondern wird noch darzu erfordert/ daß er sich also erkläre/ damit man gewiß seyn möge/ er ein Testament oder andern beständigen letzten Willen aufrichten wollen/

§. *plane 1. Inst. de mil. testam. l. divus 24. ff. eo t.*

dergleichen Erklärung aber sich in gegenwärtigem Fall keineswegs ereignen will.

Allein/ dessen allen ohngeacht/ bin ich der Meinung/ daß diese der seelig-verstorbenen Frauen letzte Worte nicht zwar für ein ordentlich Testament/ sondern für ein Codicill oder anderer beständiger letzter Will/ billich zu achten seyen.

Dann 1.) ist consuetudine Imperii nostri & Statutis locorum, aus rechtmäßigen Ursachen hin- und wieder eingeführet und bestättiget worden/ daß dergleichen Dispositiones zu Pest-Zeiten/ besonders da die Person/ so von ihren Sachen disponiren will/ selbst mit der Seuch behafft/ nicht allein vor fünff/ sondern auch vor zweyen Zeugen aufgerichtet/ kräfftig seyn/ wie ausdrücklich bezeuget

Mynſ. *cent. 1. obſ. 96.*
Gail. *2. obſ. 118. n. penult. & ult.*
Andr. Rauchbar. *p. 2. q. 20. n. 34.*
Ern. Cothom. *vol. 3. conſ. 13. n. 32. & ſeqq.*

und zwar ohne Unterschied/ ob es vor Manns- oder Weibs-Personen geschehen wäre. Quamvis enim apud Intorppr. dubio non careat, an in testamento tempore pestis confecto fœminæ testes adhiberi possint, uti videre est ex iis, quæ habet

Cothm. *d. conſ. 18. n. 15. &c.*

tamen apud omnes in confesso est, in Codicillis tempore pestis eas omninò admitti, uti post alios docet

Treutl. *d. D. 5. 6. 8. Lit. E.*

Nun befinden sich aber bey diesem unserm letzten Willen nicht nur zween/ sondern/ da der Frauen seel. zwo Schwestern darzu gerechnet werden/ sechs Zeugen/ so demselben beygewohnet/ und alles aus ihrem Munde angehöret haben/ welchen dann/ als vornehmen Adels-Personen/ um so viel desto mehr Glauben zugestellet werden kan und soll.

2.) Hat

2.) Hat die Frau von Schlammersdorff seel. ihren letzten Willen klar und deutlich genug an Tag gegeben/ indeme sie/ in Gegenwart der iztgemeldten Adels-Personen/ ausdrücklich sich verlauten lassen/ und darauf biß an ihr seel. Ende verharret/ daß sie zwar kein ordentlich Testament der Zeit außzurichten Mittel hätte/ auch sonsten Bedencken trüge; jedoch wolte sie ihre Verlassenschafft niemand anders/ als ihrem Junckern/ wegen erwiesener ehelicher Lieb und Treue/ gönnen/ wäre auch niemand anders/ als ihn zum Erben einzusetzen/ gemeinet; wie das Instrumentum attestationis mit mehrern bezeuget. Jam autem voluntas disponentis pro lege servanda est,

N. 22. c. 2.
Raph. Fulgos. *Consil. posth. 5. n. 4.*
Cothmann. *vol. 4. Cons. 16. n. 10. & 11.*

3.) So ist die gemeine Regula der Rechts-Gelehrten: Quod in dubio semper pro ultima voluntate respondendum sit.

l. si pars 10. pr. ff. de inoff. test. l. 2. in f. ff. de his quæ in testam. debentur &c. c. ult. 13. q. 2.
Masc. *de probat. vol. 3. concl. 1353. n. 2.*
Gail. *d. obs. 118. n. fin.*
Rol. à Valle *d. Cons. 81. n. 42. & 43.*
Marp. *vol. 1. Concl. 29. n. 28. vol. 2. Cons. 21. n. 54.*

Wann dann auch diß Orts ein zweiffelhafftiger Fall vorhanden/ als werden die Worte billich dahin erkläret/ damit diese Dispositio und letzter Wille vielmehr kräfftig bestehen/ als umgestossen und enervirt werden möge.

4.) Kommet diesem nicht wenig zu statten/ daß der verstorbenen Frauen seel. zwo leibliche Schwestern/ als Erben/ ab intestato dabey gewesen/ und ihren letzten Willen tacitè acceptirt/ daß sie von ihrer Frau Schwester Verlassenschafft nichts zu erben begehrten. Dannenhero weder sie/ noch ihre Erben/ diesen letzten Willen mit Bestand Rechtens anzufechten/ noch etwas zu fordern haben werden.

arg. §. fin. Inst. de fideicomm. hæredit. & ea quæ tradit
Cothmann. *d. Cons. 13. n. 26. & 42. ac 43.*

Zu geschweigen/ daß auch ohnedessen die Erben ab intestato secundum communem Interpp. doctrinam sich schwerlich versündigen/ wann sie ein Testament oder andern letzten Willen/ so vor zweyen Zeugen aufgericht/ anzufechten und zu verwerffen sich unterstehen,

arg. c. cum esses 10. ibiq;
Ant. de Butr. *circa pr. & Panormit. n. 1. & 12. x. de testam.*
Phil. Port. *Cons. 12. n. 14.*
Joh. Neviza *Cons. 26. n. 13.*

Hinwider nun thut wenig/ was oben in Contrarium angezogen worden; dann wie man gerne gestehet/ daß kein ordentlich Testament allhier aufgerichtet worden: damit der erste und andere Einwurff zur Gnüge beantwortet: Also kan man hinwiederum bey dem 3.) nicht in Abrede seyn/ daß sechs Adeliche Weibs-Personen zugegen gewesen/ und der Frauen seel. letzten Willen angehöret/ welches dann in einem Codicill, oder andern letzten Willen/

Gloss. *in l. fin. C. de Codicill.*
Masc. *de probat. vol. 1. concl 308. n. 6.*
Cæs. Ursill. in additionib. ad Matth. de Afflict. *decis. 134. n. 3.*
Hartm. Hartm. ab Epping. *t. 15. obs. 5. n. 3. & t. 39. obs. 1. n. 11.*

zuvorderst zu Pest-Zeiten/ gar gnug ist,

Treutl. *d. D. 5. θ. 8. Lit. E.*

Dann obwohl Dec. auch in einem Codicillo Manns-Personen zu Zeugen erfordert/ so wird doch diese Meinung von den Dd. insgemein verworffen/ wie Dec. selbst gestehen muß.

ad d. l. 2. n. 25. ff. de R. J.

4.) Befindet sich bey dieser Disposition ratione Voluntatis keine imperfectio oder Unvollkommenheit; sintemal die Frau seel. zwar ein ordentlich Testament zu machen verhindert worden/ aber nichts destoweniger ihre gründliche Meinung genugsam zu verstehen gegeben/ daß sie keinen andern Erben ihrer Verlassenschafft/ als ihren lieben Junckern

Junckern begehrt und haben wolte: wie bereit oben erwehnet worden.

Adde l. cum pater. 77. §. cum filius 23. ff. de leg. 2.

Bey dem 5.) kan man keineswegs gestehen/ daß die seelig-verstorbene Frau nur bloß testiren wolte/ in effectu aber nicht disponirt haben solle; dieweil das Widerspiel daraus leichtlich abzunehmen/ daß sie in diesem Werck gar sorgfältig gewesen/ die Frau Annam Ursulam von Schlammersdorff/ eine gebohrne von Gundelsheim/ deßhalben zu ihr beruffen lassen/ und darauf biß fast an ihr Ende beharret/ wie sie ihren Junckern zum Erben einzusetzen und zu benennen vermeinet/ auf das Instrumentum attestationis, geliebter Kürtze willen/ sich gezogen. Facit huc, quod & verbum, Volo, præcisam dispositionem inducat, inprimis in persona dilecta,

l. Pamphilo, 39. §. propositum 1. ff. de legat. 3. l. in testam. 38. ff. de fideicomm. libertat.
Phil. Corn. *vol. 4. Cons. 77. n. 9.*

6.) Belangende die textus in §. 1. Inst. de milit. testam. & l. 24. ff. eod. so reden dieselbe gar in andern terminis, wann man nemlich von des Testatoris letzten Willen keine Gewißheit hat/ sondern eines Betrugs und Falschheit sich besorgen muß: können demnach hieher gantz und gar nicht applicirt und gezogen werden/ da der Frau Disponentin letzter Wille richtig/ auch von den hæredibus ab intestato selbst angehört und acceptirt worden. etc.

Salvo &c.

XVIII. An

XVIII.
An Maritus ob malitiosam desertionem exheredandus?

Auf desselben an mich abgelassenes berichte mit wenigen/ daß in bewuster Testaments-Sache/ die à defuncta Testatrix eingesetzte Nacherben/ wofern sie ihnen des Mariti malitiosam desertionem agnatæ Conjugis zur Gnüge darzuthun getrauen/ zwar wohl Ursach hätten/ ihn deßhalben mit Recht vorzunehmen/ ohngeachtet der dem Testamento einverleibten Clausula derogatoria, als welche allein diejenige Erben oder Nacherben betrifft/ so das Testament und letzten Willen zu impugniren unterstehen würden; jetzt angeregte Nacherben aber auf diese Weiß nicht das Testament anzufechten oder umzustossen/ sondern nur ihn tanquam indignum ex testamento delatam hæreditatem zu priviren begehrten; allein ihnen vielleicht wenig damit gedienet seyn möchte/ sintemal die Erbschafft dem Desertori tanquam indigno entzogen/ aber nicht den Erben defunctæ testatricis, wie in lucro dotis ex pacto vel statuto delato zu geschehen pfleget/ per ea, quæ habet

> Jul. Clar. *5. sent. §. homicidium n. 22. in f. Coler. Decis. Germ. p. 1. Dec. 57. n. 64. & Dec. 176. n. 47.*

sondern dem Fisco zugeeignet werden dörffte.

> *arg. l. 3. ff. de his quæ ut indig. ibiq; Gloss. & Dd.*

Hielte demnach vor rathsamer/ daß sie mit der Caution de restituendo fortführen/

> *per l. 1. pr. & §. 1. l. 14. ff. ut leg. seu fideicomm. serv. caus. can.*

dieweil diese Dispositio nichts anders/ als ein fideicomm. in diem mortis relictum ist und genennet werden mag/ dann obwohl im Testament der Nacherbschafft und Substitution Meldung geschiehet/ so muß doch solches nicht de directa Substitutione, quæ post aditam hereditatem evanescit,

> *l. 5. C. de impub. & al. Subsit.*

sondern

sondern muß nohtwendig de obliqua oder fideicommissaria verstanden werden; wie es alle Umstände und die vorhergehende Worte selbsten gnugsam zu verstehen geben / in welchen ausdrücklich verordnet wird / daß nach des lezten Ehegenossen tödtlichen Hintritt der halbe Theil aller Verlassenschafft nicht allein auf der Testirerin zwey Geschwistrigt / (welches zu einem fideicommiſs gnug wäre / *l. 12. pr. l. 16. C. de fideicom.*) sondern auch auf dero Kinder und Erben fallen / und unter sie getheilet werden solle. Womit dann Zweiffels ohne dahin gesehen worden / daß / da etwan bey Lebzeiten des Manns die eingesetzten Nacherben Todtes verfahren möchten / dannoch der halbe Theil aller Verlassenschafft contra naturam fideicommissi conditionalis & in diem incertum relicti, auf derselben Kinder und Erben kommen sollte / per ea, quæ habet post alios à se allegatos,

Geil. *2. observ. 132.* &

Bernh. Græv. *Pract. cond. lib. 2. obs. 132.*

XIX.

Stritt eines Testaments / welches ein Soldaten-Jung von 18. Jahren vor 5. Zeugen gemachet.

Demnach uns derselbe neben Uberschickung Copiæ eines Testaments und andern Beylagen zu verstehen gegeben / was massen vor diesem Hanns Wild seinen letzten Willen zu Schnattach / da er mit seinem Herzn als ein Soldaten-Jung im Quartier gelegen / vor 5. Zeugen ufgerichtet / und darinnen seinen Vettern / Conrad Ruprecht Müllern zu Engelthal / ohnerachtet er damals nichts als ein Keiserlich Mann-Lehen im Vermögen gehabt / 200. fl. zum Voraus / und dabey verordnet / daß er neben andern seinen nächsten Vettern und Freunden im übrigen ein gleicher Erb seyn und bleiben solle; Nach Absterben aber des Wildens zwischen besagten Conrad Ruprechten und Hanns Kohlern / seinen Unterthanen / wegen berührten Testaments sich Stritt erhoben / derselbe von ihme / als judice competente, bereits vor etlichen Jahren decidirt / und anitzo bey löblicher Pfaltz-Sultzbachischer Cantzley anhängig wäre; dann über etliche daraus formirte Fragen

unser Rechtliches Gutachten begehret: Als haben wir solches alles collegialiter verlesen/ und mit gehörigem Fleiß wohl erwogen. Sprechen darauf für recht/ daß zwar erstlich bey Aufrichtung des Wildischen Testaments oder letzten Willens/ so/ wie gemeldet/ im Marck Schnattach geschehen/ nicht die Chur-Pfältzische Lands-Ordnung/ welche in dem Testatore vollkommene 18. Jahre erfordert/ sondern das jus commune, so mit 14. oder 12. Jahren vergnügt/ in acht genommen werden sollen. Ratio est, quoniam Statutum, quod prohibet, filium vel minorem testari, non trahatur ad forenses actum aliquem in ipso Statuti loco conficientes,

arg. l. 1. *ult. ff. de tutor. & Curat. dat.*
Geil. *2. obs. 124. num. 15.*
Carpzov. *lib. 5. tit.* 1. *resp.* 1. *num. 10.*

Zum andern/ die Minorennität/ und daß der Testator unter 18. oder 14. Jahren gewesen/ dem Beklagten/ als der sich darinnen fundirt/ zu erweisen billig obgelegen. Ætatem enim sive majorem, sive minorem probare debetis, qui in ea se fundat, per tradita

Joseph. Ludovvic. *Dec. 56. n. 2.* &
Mynſ. *Cent. 4. obs. 16.*

Drittens/ solchen Beweiß aber weder der Beklagte durch den Geburts-Brief/ davon Copia beygelegt/ völlig erstattet/ noch viertens der Kläger die Majorennitatem durch Hn. M. Bierdümpfels Schreiben zur Gnüge/ und wie sichs zurecht gebühret/ dargethan; wiewol solchem Defect uff andere Wege leichtlich geholffen werden möchte. Nichts desto weniger fünfftens berührtes Testament/ wegen Ermanglung der hierzu gehörigen Solennitäten/ unkräfftig. Quoniam in testamento isto, neque testes septem, qui in omni testamento solenni notoriè requiruntur, neque Clausula Codicillaris tacitè vel expressè posita: neque Testator miles fuit. *l. 16. C de testam. milit.* neque si fuisset, in hybernis vel alio loco extra expeditionem constitutus, jure militari testari potuisset.

pr. Inst. de test. milit. l. p. C. eod. tit.

Und wann es ja gültig gewesen/ doch nunmehr/ nachdeme Kläger post latam sententiam pro reo acquiescirt/ und über zwey Jahre still geschwie-

schwiegen/ also das Urtheil in rem judicatam erwachsen lassen/ per sententiam umgestossen und zunichte gemachet worden. Welches wir demselben zu begehrter rechtlicher information nicht verhalten sollen &c.

XX.

Casus, eine Inventur und Nachsteuer betreffend.

Es ist Herr D. Wolffgang Sattler/ des H. Röm. Reichs Stadt Nördlingen Consulent, aus Kempten (gleichfalls des H. Röm. Reichs Stadt) bürtig/ und daselbst bis an sein seliges Ende verbürgert gewesen: Als aber anno 1632. der blutige Sturm zu besagten Kempten vorgangen/ hat er sich von dannen/ ohne Hinterlassung einiger beweg- oder unbeweglicher Güter/ begeben/ eine Zeit lang gleichsam in der Flucht sich aufgehalten/ und endlich zu Nördlingen in Dienste eingelassen/ darinnen auch 18. gantzer Jahre continuiret/unterdessen etwas weniges an zum Haus gehörigen Mobilien erspahret/ und von seinem Herrn Bruder Philipp Sattlern von Solneck/ gewesenen Königlich-Schwedischen Obristen und Kriegs-Raht &c. etwas an Capitalien und baarem Geld ererbet. Nach dessen seligen Hintritt hat der Hr. Tochter-Mann (dann Hr. D. Sattler zwo Töchter/ die eine verheuratet/ die andere noch lediges Standes hinterlassen) die Erben des Burger-Rechts in Kempten zu erlassen begehret/ und von dato renunciationis wider alle onera protestiret/ allein ihme der Bescheid gegeben worden/ man solle der Erben gesamtes Vermögen juratò anzeigen/ damit sie die gebührende Nachsteuer davon abziehen könten/ so wollten sie alsdann die Erlassung des Burger-Rechts ihnen gedeyen lassen.

Fraget sichs demnach/ ob der Magistratus zu Kempten von diesem Vermögen/so Hr. D. Sattler sel. zu Nördlingen erspahret/ und von seinem Herrn Bruder ererbet/ die Nachsteuer abzuziehen befugt seye?

Hierauf nun kürtzlich zu antworten/ so ist (1.) Hr. D. Sattler bis an sein sel. End zu Kempten Burger/ also die Steuer und consequenter

die Nachsteuer/ uff sein- oder der Seinen Abzug/ zu geben verbunden gewesen. Civem enim sive subditum ad censum istum sive Nachsteuer teneri expeditum est; non quidem jure civili, quo terminus hic incognitus est,

Joh. Cöppen *Dec. 5. num. 5.*

sed consuetudine & Statutis locorum, ut colligitur ex iis, quæ habet

Geil. 2. *obs. 36. num. 10.*

Petr. Wesemb. *cons. 1. num. 28.*

Et quidem (2.) etiam de bonis, quæ in alieno territorio sita sunt, ut tradit Rosenth. *de feud. C. 5. concl. 80. in not. Lit. B. in fin.* Geil. 2. *obs. 53 num. 2.*

(3.) Hat ein Ehrbarer Raht zu Kempten per privilegium ab Imperatore Maximil. I. erlanget/ daß er von einem jeden Burger/ der das Burger-Recht uffkünden und seine Güter anderswohin transferiren würde/ den zehenden Pfenning zur Nachsteuer zu nehmen befugt seyn soll. Wie aus der Beylage sub Lit. A. mit mehrern zu sehen.

Allein/ dessen unerachtet/ sind wir der gäntzlichen Meynung/ daß bey so gestalten Sachen und Umständen/ die Sattlerischen Erben von denjenigen Gütern/ so Hr. D. Sattler seliger zu Nördlingen erspahret und ererbet/ einigen Abzug oder Nachsteuer zu geben nicht verbunden.

Dann erstlich hat sich jetzt gemeldter Hr. D. bereits anno 1632. von Kempten hinweg begeben/ eine Zeit lang gleichsam in der Flucht sich ufgehalten/ bis er endlich zu Nördlingen Dienst angenommen/ und in die 18. Jahre continuiret/ auch darinnen gestorben/ wie in specie facti erwehnet wird: also sein Domicilium von Kempten nach Nördlingen transferiret/ Geil. 2. *obs. 36. n. 2 & seqq.*

Zum andern seynd die zu Nördlingen erspahrte und ererbte Güter niemals des Rahts zu Kempten jurisdiction und Botmäßigkeit unterworffen gewesen/ noch dahin versteuert worden/ dannenhero auch keine Nachsteuer man davon zu geben schuldig/ cum Steuer und Nachsteuer se habeant tanquam accessorium & principale,

Matth. Wehner. *Pract. obs. Lit. N. p. mihi 520.*

accessorium autem naturam principalis sequi expeditum est,

l. 2. ff. de pecul. Legat. l. nihil 129. §. 1 ff. de R. I. l. cùm principalis 178. eod. tit.

Drittens wird ohne dessen Hr. D. Sattler seine zu Nördlingen

erwor-

erworbene und ererbte Güter vielleicht daselbst haben versteuern müssen/ (nisi fortè ratione officii exemtus fuerit) und würde demnach gantz unbillig seyn/ wann er solche Güter an zweyen Orten hätte versteuern sollen/ cùm bona fides non patiatur, ut unius rei nomine à pluribus & diversis quid exagitatur,

arg. l. navis, 4. §. cum a. 2. ff. ad l. hered. de jact. Adde Rec. Imp. de anno 1500. p. m. 40. in fin. Geil. 2. *obs.* 53. *n.* 2.

Und irret nicht/ daß Hr. D. Sattler und seine Kinder zu Kempten Burger gewesen/ *arg. l adsunt. n. 6. §. 1. ff. ad Municipal.*

Petr. Wesemb. *d. conf.* 1. *num.* 6.

dañ in diesem Fall nicht das jus originarium sive domicilium naturale, sondern vielmehr das domicilium habitationis & incolatûs zu attendiren ist. Nun aber ist unlaugbar/ daß Hr. D. Sattler sein Haußwesen und domicilium nicht zu Kempten/sondern zu Nördlingen gehabt/ dannenhero er bey seinen Leb-Zeiten daselbst keine Steuer/ noch die Kinder nach seinem Tod einige Nachsteuer zu geben gehalten: De iis videlicet bonis, quæ nunquam jurisdictioni Magistratus Campidonensis subjecta fuerunt. Neque obstat, quod secundo loco allatum est, quod cives etiam de bonis in alieno territorio sitis collectas solvere teneantur. Alldieweiln solches von denen Burgern/ die zugleich an dem Ort wohnen/ zu verstehen ist/ daß dieselbe an dem Ort/ da sie gesessen/ all das Ihre/ es liege/ wo es wolle/ versteuern sollen/ wie bereit oben aus dem Recessu Imperii de anno 1500. Anregung geschehen.

Adde Casp. Glock. *discurs. de contribut. th.* 16. & 17.

3. Mag dem Magistrat von Kempten das angeführte Privilegium wenig vortragen. Dann wenn man dasselbe etwas genauer betrachtet/ wird es mehr den Sattlerischen Erben patrociniren/ indem es ausdrükl. von denen Gütern redet/welche vorhin sub jurisdictione istius Magistratus gewesen/ und aus der Steuer gezogen werden; Zur Ergötzlichkeit des Abzugs und Nachtheils/ so dadurch ihm an der jährlichen Steuer geschiehet/ wie die Worte des Privilegii lauten. Wann dañ Hr. D. Sattlers zu Nördlingen erspahrte und ererbte Güter niemal unter der jurisdiction und Steuer der Stadt Kempten gewesen/ kan denselben/ durch Ufkündung des Burger-Rechts/ kein Nachtheil zuwachsen/ also auch die Sattl. Erben/ vigore istius privilegii, von den Gütern/ propter defectũ causæ zu einiger Nachsteuer nicht angehalten werden. Deficiente enim causâ privilegii, & ipsius privilegii cessat dispensatio. Everh. *in Top. loc. à cessation. ration* 80.

XXI.

Eine strittige Erbschafft.

Demnach ihr uns schrifftlich zu vernehmen gegeben/ wie daß über euers Vatters seligen Verlassenschafft zwischen euch und euern Miterben Strittigkeit sich ereignet/ und darüber unser Rechtl. ausführliches Bedencken und Consilium begehret; Als haben wir die überschickte Acta collegialiter durchlesen/ und nach fleißiger Erwegung so viel befunden/ daß das gantze Werck uff diesen zweyen Fragen beruhet:

1.) Ob euer Vater seliger die Heurahts-Abred mit eurem Schwager/ Antoni Glocken/ getroffen/ davon Copia sub num. 1. beygeleget/ und was damit versprochen/ ohne Consens desselben/ durch einen andern Contract oder Kauff und hierauf erfolgtes Testament mit Recht cassiren und ufheben konnen?

2.) Ob itzterwehnter euer Vater/ nach Absterben seines Ehegattens/ eurer leiblichen Mutter/ euch etliche Feld-Güter/ davon in actis num. 12. in etwas geringern Wehrt käuflichen überlassen/ und also vor andern Geschwistrigen einen Vortheil zu thun Macht gehabt?

So viel nun die erste Frag betrifft/ lässet sichs anfänglich aus den Actis ansehen/ als wären die pacta dotalia in dem Punct des halben Hauses/ so uff Absterben euers Vattern seligen/ Antoni Glocken/ das halbe Haus nach seinem Tod anders nicht versprochen/ als so fern er und seine Haus-Frau (wie ehrliebenden Kindern gebühret) gegen ihn sich verhalten würden/ wie sub num. 6. & 7. mit mehrern zu sehen; Nun sind sie aber diesem gantz und gar nicht nachkommen/ sondern vielmehr gegen ihren Eltern also verfahren/ daß es Sünde vor GOTT/ und Schande vor der Welt ist/ wie abermahl in den Beylagen sub num. 6. und 7. gnugsam ausgeführet.

Dannenhero euer Vatter das halbe Haus euch zu verkauffen/ und also das in dem Heurahts-Beding gethane Versprechen/ propter deficientem conditionem, so viel diesen Punct betrifft/ zu revociren/ wol befugt gewesen/

arg. l. cedere diem. 213. ff. de V. S. & ibi Dd.

welche Revocation und Cassation dann auch von Ihro Gräfl. Gnaden (wie aus angezogener Beylag sub n. 4. zu sehen) confirmirt worden.

Fürs ander ist euer Vatter bey seinen Leb-Zeiten der Güter und also auch des halben Hauses Herr verblieben/

arg. l traditionibus. 20. C. de pact.

und deswegen dasselbe nach seinen Belieben/ wenn er gewolt/ verkauffen oder verschaffen mögen/

arg l. in re mandata. 21. C. Mandati.

Drittens gelten auch dergleichen Ehe-Beredungen/ so fern sie etwas ausser den Heurahts-Gütern disponiren/ anders nicht/ als in vim ultimarum voluntatum, deren Natur und Eigenschafft ist/ daß sie von einem Theil können geändert und gäntzlich abgethan werden.

arg. l. 32. § 3. ff. de donat. inter vir. & uxor. & l. 4. ff. de adimend. & transfer. legat.

Sichard. *ad l. 3. C. de Collat. num. 6.*

Wie dann auch disfalls von eurem Vatter/ so wohl durch den neuen Verkauff/ als vornehmlich durch das Testament/ geschehen zu seyn erscheinet.

Allein/ dessen ungeacht/ halten wir dafür/ daß obberührte Ehe-Beredung bey so gestalter Sach billig ohnverruckt und bey ihren Kräfften verblieben.

Dann ob zwar die Pacta und Contractus anfangs in der Contrahenten Willkühr stehen/ so müssen sie doch/ so bald dieselbe einmal vollzogen und zum Bestand verfertiget/ ohnverbrüchlich gehalten/ und können ohne beederseits Bewilligung nicht wieder retractirt und ufgehoben werden/

per vulgaram l. 5. C. de obligat. & act.

Wann dann auch diese Pacta dotalia nicht allein rechtmäßiger Weiß aufgerichtet/ und uffs Papier gebracht/ sondern auch die Obrigkeit gebührlich ratificiret und bestättiget: So haben auch sie/ Vermög der

Rech-

Rechten/ von eurem Vatter/ ohne Einwilligung des Gegentheils/ nicht können umgestossen werden; so gar/ daß auch die hohe Obrigkeit dergleichen Pacta zu rescindiren/ und das jus pacti quæsitum abzustricken/ keines weges befugt/

arg. l. si testamentum 10. C. de testam. & c. audita. ibique Gloss. *in verbo intelleximus* ✕ *de restit. Spoliat.*

Darnach so seynd die Pacta dotalia Actus inter vivos, und gelten regulariter in vim contractuum, so auch wegen verübter Ungebühr und Undanck nicht revocirt werden mögen/

tot. tit. ff. & C. de pact. dotalib.

Hierwieder nun thut wenig/ was oben zum Behelff der andern Meynung ist angezogen worden. Dann erstlich die angedeutete Condition in der Heurats-Abrede sich nicht befindet/ sondern dem Schwager/ nach Absterben eures Vattern und Muttern seligen/ das andere halbe Haus (ohne einigen dergleichen Vorbehalt) versprochen worden/ wie die Beylag sub N. 1. klärlich ausweiset/ und irret nichts/ daß weder die Mutter/ noch ihr/ oder euer Schwager/ Jeremias Reißinger/ in dieses Versprechen gewilliget haben sollet/ dieweil der Vatter hierzu keines Consens bedurffte/ sondern von sich selbst/ wie mit einem gantz Frembden/ also vielmehr mit einem Tochter-Mann/ dergleichen Kauff wol schliessen können.

arg. d. l. 21. C. mandati, cum similib.

inmassen dann auch nicht wohl zu vermuthen/ und vielleicht schwerlich zu erweisen seyn wird/ daß die Heurahts-Abrede dem Vattern/ nachdem sie verfertiget/ nicht wieder vorgelesen worden seye; sintemahl alles in seiner und der Kinder Gegenwart beschlossen und verrichtet worden/ wie die Subscriptiones gnugsam zu verstehen geben. Gleichfalls mag auch der andere Einwurff wenig vortragen/ dann obwol euer Vatter auch nach aufgerichteten Heurahts-Gedinge des halben Hauses Herr verblieben/ so gestatten doch die Rechte keinem das/ so zuvor jemand versprochen/ oder sonsten rechtmäßig überlassen/ einem andern wieder zu verkauffen/

arg. l. qui duobus 21. ff. ad l. Cornel. de fals.

Bey der dritten Dubitation aber muß ein Unterscheid gemachet werden zwischen den pactis dotalibus, deren etliche nur bloß bey dem Heurahts-Gut und Gegenvermächtnus verblieben/ andere aber zugleich

de fu-

de futura Succeſſione, oder künfftigen Erbfall handeln/ wie nun dieſe ad exemplum aliarum ultimarum voluntatum. ex communi Dd. opinione wandelbar/ alſo müſſen jene/ gleich andern Contractibus, unverbrüchlich gehalten werden/

per d. l. 5. C. de obl. & act.

Weil dann in gegenwärtigem Fall die pacta dotalia einig und allein auf die Heuraht-Güter und Bedinge ſehen / iſt leichtlich die Rechnung zu machen/ daß ſie ohne des Gegentheils Bewilligung mit Recht nicht habe revocirt werden können. Sonſten aber iſt allhier zu erinnern/ und fleißig in acht zu nehmen/ ob zwar der andere Kauff des halben Hauſes/ und die darauf erfolgte teſtamentaria confirmatio für ſich ungültig/ das doch euerm Schwagern und ſeinen Miterben ſolches wenig fürtragen kan/ dann weil dieſelbigen des Vätterlichen Erbs und Verlaſſenſchafft/ durch die vorgenommene Theilung/ wie die Beylag ſub N. 14. ausweiſen thut/ ſich wircklich unterfangen/ ſind ſie hierdurch gleichſam an euers verſtorbenen Vatters Stelle getretten/ und dahero auch/ ſein factum zu præſtiren/ verbunden/

l. cum à matre. 14. C. de rei vindicat. l. ex qua. 149. ff. de Reg. Jur.

Bald. *ad d. l. 14.*

Hartm. Piſtor. *p. 2. q. 13. n. 37. & ſeqq.*

Gœdd. *in Conſ. Marp. Vol. 1. Conſ. 27. n. 160. & Conſ. 28. n. 297.*

muſten demnach alles/ ſo er in ſeinem Leben verkauffet oder verſchaffet/ (jedoch ſo fern ihnen nur ihr Mütterliches und die legitima, wie ſichs zurecht gebühret/ verbleibet) paſſiren laſſen/ und entrichten/ wohin dann auch die Löbliche Juriſten-Facultät zu Tübingen in ihrem Reſponſo, ſo gleichfalls bey erwehnten Acten ſub. N. 20. zu finden/ geſehen. Daß aber ſolche ferner mit angehenget/ als ſollte den Erben/ ſich mit der Legitima paternorum bonorum vergnügen zu laſſen/ und im übrigen die Erbſchafft abzutretten / euch auch zur Recompens des Kauffs und prælegats, das übrige Vätterliche Gut verbleiben / darinnen können wir angezogener Facultät keines weges beypflichten / dieweil (wie itzt erwehnt) gemeldte Erben die hereditatem paternam einmahl adiret/ und deswegen / dieſelbige wieder fahren zu laſſen / nicht berechtiget ſeyn.

l. ei, qui 88. ff. de heredib. instituend. §. Extraneis autem. 5. Instit. de hered. qual. & differ. & ibi Gloss. & Dd.

Die andere Frag/ so hierinnen bestehet: Ob nehmlich ein Ehegatt nach Absterben des andern/ ehe er sich von seinen Kindern getheilet/ aus unzertheiltem Gut etwas veräussern dörffe? gewinnet es zwar das Ansehen/ als sey solches keines weges erlaubet/ dieweil auch des Vatters Güter den Kindern wegen ihres Mütterlichen verpfändet/

l. 8. §. fin. C. de secund. nupt. l. 6. fin. §. C. de bon. quæ liber.

und deswegen nicht mögen alienirt werden.

l. 15. C. de pignor. & l. 12. C. de distract. pignor.

Zu diesen Behelff auch der übliche Lands-Gebrauch sub N. 18. und der von der Herrschafft zwischen beeden Parteyen den 16. Jan. 1632. ufgerichtete Vertrag in Act. N. 10. angezogen wird. Allein solches alles ist viel zu wenig/ diese Meynung zu behaupten/ dann zu geschweigen/ daß durch eurer Mutter Ableiben dem Vatter das Dominium und dannenherrührende völlige Administration seiner Güter nicht entzogen werden können; so ist auch kundbaren Rechtens/ daß ein Vatter so wohl bey Lebens-Zeit/ als uff den Todtes-Fall/ eine Ungleichheit unter seinen Kindern zu halten/ und dem einen vor dem andern etwas zu übergeben oder zu verschaffen (salvâ tamen semper Legitimâ) wol Macht habe. Welches dañ in unserm Fall um so viel desto mehr statt haben soll/ weil euer Vatter seliger auch den andern Kindern lang vor euch etliche Güter in geringerm Wehrt/ als sie sonsten gegolten/ käuflich überlassen/ wie aus der Heurahts-Abrede/ und andern Beylagen mehr/ gnugsam offenbar ist. Und hat ihme solches die allegirte hypotheca nicht verwehren können/ sintemal dieselbe generalis, so die alimentation nicht zu verhindern pfleget.

l. cum tabernam. 34. ff. de pignor.

Wesenb. *in tr. ff. in quib. caus. pign. vel hypoth. tac. contrah. num. 6.*

Den Lands-Brauch aber belangende/ so gehöret derselbe gantz und gar hieher nicht/ als welcher von dem Fall/ da der noch lebende Ehegenoß sich wiederum verheurahtet/ einig und allein handelt/ dahin dann auch der Vertrag ausdrücklich lautet/ wie in den Actis N. 10. & 18. klärlich zu sehen/ und ihr in eurer Verantwortung zur Gnüge ausgeführet habt:

habt: Und gesetzt/ aber doch nicht gestanden/ es wäre auch dieser Kauff unkräfftig/ so wollte gleichwol euerm Schwager und andern Miterben/ denselben anzufechten oder umzustossen/ nicht gebühren/ dieweil sie einmahl die Vätterliche Erbschafft angenommen/ und hierdurch seine Acta gleichsam ratificiret/ und zu halten sich verpflichtet/ wie bey vorhergehender Frage mit mehrem angezeiget worden ꝛc.

XXII.

Fideicommissum conditionatum kan keinem andern verschafft werden.

DEmnach Uns derselbe in Schrifften zu verstehen gegeben/ was massen Weil. Frau Regina von Guttenberg/ gebohrne von Wiesenthau ꝛc. ein Testament aufgerichtet/ und darinnen unter andern ihren jüngern Vettern/ denen dreyen Brüdern von Vestenberg/ und dero Schwester 5000. fl. Capital/ samt dem dritten Theil aller ihrer verlassenen Fahrnus dergestalt verschaffet/ daß weder Capital noch Interesse ihren Vettern in die Hände kommen/ sondern von Hn. Wolff Wilh. von Rabenstein ꝛc. in guter Sicherheit gehalten/ und den Kindern nutzbarlich vorgetragen und zum besten angeleget werden: auch da etwan nach ihrem der Frau Testirerin seligen Hintritt ein- oder das andere Kind der benannten Vestenberger lediger Weise oder ohne Leibes-Erben mit Tod abgehen würde/ dessen Antheil uff die überlebende/ biß auf das lezte jeder Zeit fallen/ und dem Vattern davon nichts gefolget werden sollte. Alles nach Inhalt des mitgeschickten Testaments-Extracts. Und so sichs aber begeben hätte/ daß nach des Vatters Tod/ dessen Tochter/ als Mit-Legataria ihrer Basen/ seiner selig verstorbenen Haus-Frauen ihren Antheil/ um der erwiesenen Gutthat willen/ verschaffet und zugewendet. Also die Frag entstanden:

Ob die verstorbene Jungfrau von Vestenberg berührte Vermächtnus dergestalt aufzurichten Macht gehabt/ und ob (vermög derselben) ihre portion ihme abgefolget werden müsse?

Als haben wir solches alles collegialiter mit Fleiß erwogen / und erachten drauf / in Rechten gegründet zu seyn / daß ob zwar dieselbe / die Frau Testirerin selige / die ordentliche Verschaffung ausdrücklich nicht verboten / dannoch bey so gestalten Sachen / da die Legatarii fideicommisso invicem gravirt / die angeregte Disposition unkräfftig / und der selig verstorbenen Jungfrauen Portion ihren noch lebenden Brüdern / secundum Testatricis voluntatem, heimgefallen / dannenhero auch der von Rabenstein / etwas davon absolgen zu lassen / oder heraus zu geben / keines weges schuldig seye. A. V. R. W.

XXIII.

Eine strittige Erbschafft / da 2. verstorbene Brüder / die keine Nacherben / sondern ihres Vatters Schwester-Kinder von beeden Banden / uf einer Seiten / auf der andern Seiten aber des Vatters Schwester ꝛc. von einem Band / hinterlassen / welchem Theil die Erbschafft gebühre?

Der Casus oder Facti Species, darüber unser Rechtl. Gutachten begehret wird / verhält sich also:

Es seynd vor mehr als 30 Jahren zween junge Gesellen / Michael und Hanns die Hagen / Gebrüdere von Windsheim / ihrem Handwerck nachgezogen / und in das Kriegswesen gerahten / auch nach dem Frieden-Schluß / da sonst ein jeder zu den Seinen sich wieder eingefunden / keine gewisse Nachricht ihres Lebens und Tods (ohneracht fleißig nachgeforschet worden) man erlangen können. Dannenhero ihre nächste Verwandten kurtz-verwichener Zeit um dero Verlassenschafft sich angemeldet / und die Ausantwortung gegen gebührender Caution begehret / wie aus den Beylagen sub lit. B. & C. zu sehen. Diese Abwesende und vermutlich Verstorbene aber haben keine Erben / weder in absteigend- noch aufsteigender Linie / noch Geschwistrig von beeden oder einem Bande / noch deren Kinder hinterlassen; sondern auf einer Seiten ihres Vattern Schwester-Kinder / die Helden von beeden Banden /

Banden/ zu latein Consobrini, vel potius Amitini genannt; auf der andern Seiten des Vatters Schwester/ Marg. Göblin/ und anderer verstorbenen Schwester Kinder von einem Band.

Fragt sichs demnach/ welchem Theil diese strittige Erbschafft von Rechts wegen gebühre und zustehe?

Da dann auf Seiten des Helden angeführet wird 1. Duplicitas vinculi, daß sie den Abwesenden von beeden Banden verwandt/ welche denjenigen/ so nur von einem Band seyn/ billig vorgezogen werden/

Nov. 118. c. 3. ibique Gloss. & Dd.

cum arctius ligent duo vincula quàm unum.

arg. §. Sed hodiè. 2. Instit. de adopt. Dde jus præsentandi,

daß sie an ihrer Eltern Stelle tretten/ und eben das Recht haben müssen/ das ihre Eltern/ wann sie gelebet/ gehabt hätten. Jus enim hoc hodie etiam in linea collaterali locum habere, expeditum est. N. *d. 118. c. 3.* zu welchem Ende dann nicht allein unterschiedliche Dd. sondern auch ein Urtheil/ so vor der Zeit im Schöpfenstuhl zu Leipsig in dergleichen Fall gesprochen seyn soll/ angezogen werden. Sub lit. C.

Hingegen gründen sich die von einem Band (1.) auf die bekannte Rechts-Regul/ daß/ wann weder Bruder oder Schwester/ noch dero Kinder vorhanden/ alsdann die andere Verwandte dergestalt erben/ daß allezeit die nächsten im Grad die weitere ausschliessen/

per textum expressum in d. N. 118. c. 3. §. 1. ibiq; Gloss. & Dd.

(2.) Und zwar ohne Unterscheid/ ob sie von beeden/ oder einem Band seyn. Post fratres enim coramque liberos duplicitas vinculi non attenditur. Auth. post fratres.

1. Cod. de legit. hered.

quemadmodum nec repræsentatio amplius locum habet.

Auth. post fratres. *2. C. d. t. ibiq; Gloss. & Dd.*

wie solches mit mehrem sub lit. B. D. ausgeführet wird. Und diese letztere Meynung ist den Kaiserl. Rechten gemäß; dann wann man die beederseits angezogene Fundamenta und Facti Speciem gegen einander hält/ so befinden sich erstlich/ daß die Abwesende oder vielleicht Verstorbene/ von dero Erbschafft gestritten wird/ Niemand in absteigend-

noch auffsteigender Linie / noch einige Geschwister von ein- oder beeden Banden / noch deren Kinder / sondern weitere Seiten-Freunde / als des Vattern von beeden Banden Schwester-Kinder / die Helden / dann von einem Bande des Vattern Schwester / Margaretha Göblin &c. verlassen / deren jene im vierten §. 4. *Inst. de grad. cognat.* diese im dritten Grad den Abwesenden verwandt. § 3 *Instit. D. t.* (2.) Daß in diesem Fall die nächsten allezeit die weitesten ausschliessen.

d. N. 118. c. 3. §. 1.

(3.) Daß die Duplicitas vinculi nicht statt finde / sondern ohne Unterschied / ob sie von einem- oder zweyen Banden einander gefreund seyn / die nächsten zur Erbschafft zugelassen werden.

D. Auth. post fratres. 2. C. de legit. hered. & d. N. 118. c. 3. in f.

Schneid. *ad t. Instit. de heredit. quæ ab intest. c. de tert. ord. Succed. num. 34.*

Forst. *de hered. quæ ab intest. lib. 8. c. 9. & Dd. comm.*

Es wäre dann / daß etwan per Statuta ein anders eingeführet und die vinculi duplicitas weiters extendiret worden wäre.

wie *in Refor. Noric. l. 8. §. 1. tit. 35. & Jure Sax. lib.* 1. Land-Recht. *art. 3. in med. vers.* Ist aber einige Zweyung &c. ausdrücklich versehen ist.

Carpz. *part.* 3. *Const. 18. defens. 21.*

Dergleichen Statutum aber zu Windsheim Zweifels ohne nicht zu finden seyn wird.

Adde Hier. Schurff. *Cent. 2. Cons. 62.*

(4.) Daß die repræsentatio auch nicht zuläßig / also die Kinder an ihrer Eltern Stelle in diesem Fall nicht tretten mögen. Jus enim repræsentandi jure antiquo in linea collaterali planè locum non habebat.

§. Si plures 5. Inst. de Legit. agnat. success.

hodiè uno Casu tantùm obtinet, quando videlicet defuncti fratres, cum fratrum vel sororum prædefunctorum liberis concurrunt.

d. N. 118. c. 3.

Quod à Justin. contra rationem juris introductum, ad consequentiam trahendum non est,

l. quod contra, 141. ff. de R. I. l. 14. ff. de legibus.

Wann

Wann dann diß Orts keine Geschwister noch dero Kinder vorhanden/ so kan auch das Jus repræsentationis nicht attendirt werden.

Carpz. *de Const. 13. def. 20.*

Schurff. *d. cent. 2. Cons. 62.*

Und wann gleich das Jus repræsentationis auch disfalls in acht genommen werden müste/ (wie nicht seyn kan) so würde es doch nicht mehr wircken/ als daß sie die Helden an ihres Vattern Stelle tretten/ und in gleichem Gradu mit der Margaretha Göblin gesetzet/ also die Verlassenschafft der Abwesenden (cessante duplicitate vinculi) in Capita unter sich vertheilen möchten/

per text in d. N. 118. c. 3. in f.

Aus diesem nun ist der Schluß leicht zu machen/ was von der vom Gegentheil angezogener und so starck urgirter duplicitate vinculi und repræsentatione zu halten: daß sie nehmlich auf unsern Fall gantz und gar nicht applicirt werden können/ als welche allein dahin gehören/ wann des Verstorbenen Bruder oder Schwester/ und deren Kinder von beyden Banden und einem Band concurriren: quo casu utrinque conjunctos ab uno latere conjunctos excludere & cum fratribus defuncti etiam liberos prædefunctorum fratrum vel sororum concurrere, iis verò non extantibus, reliquos cognatos gradu proximos admitti, expeditum est.

d. N. 118. c. 3. ibique Gloss. & Dd.

Und thun die sub litera C. allegirte Jura und Dd. wenig oder nichts zur Sache; sintemal dieselbe nicht in unserm Fall/ sondern in denen terminis reden/ quando Defuncti, de cujus hereditate quæritur, fratres vel sorores, eorumque liberi supersunt, quo casu duplicitatem vinculi & jus repræsentandi locum habere, extra omnem dubitationis aleam positum est. Gleiche Beschaffenheit hat es mit beygefügtem Urtheil aus dem Schöpfenstuhl zu Leipsig/ welches auch von dem Casu handelt/ quo defuncti fratres & sorores ab uno cum liberis sororis ab utroque latere conjunctæ convocarunt: wie das Urthel mit klaren Worten ausweiset. Solchemnach ist die Antwort auf oben gesezte Frage/ welchem Theil die strittige Verlassenschafft gebühre? richtig/ daß nehmlich die nächsten im Grad den weitern (die in tertio gradu constituti denen quarto gradu positis) billig vorgezogen werden; ohneracht sie nur von einem Band den Abwesenden verwandt seyn/ quoniam

ut sæ-

ut ſæpius dictum poſt fratres & ſorores eorumque liberos, in gradibus remotioribus ſola propinquitas inſpicitur, non autem pluralitas vinculorum, quibus ligantur.

Bart. *in l. 2. §. legitima 4. ff. de ſuis & legit. hered.*

Matth. Coler. *Dec. Germ. p.* 1. *Dec. 49. n. 14. & 15.*

Quemadmodum nec jus repræſentationis ampliùs attenditur.

d. N. 118. c. 3.

Schneid. *d. §. de tert. ord. ſucced. n. 12. & 13.*

Hartm. Piſt. *2. lib. q. 23. num. ult.*

Adde Reſponſ. Facult. Jenenſ. *quod extat apud Richter. in tr. de Succeſſ. ab inteſt. Sect. 3. membr. 4. n. 17.*

XXIV.

Ob das Teſtament/ nachdem der eingeſezte Erb vor dem Teſtirer verſtorben/ juxta Refor. Noric. gültig?

DIe uns zugeſchickte Facti Speciem ſamt angehengter Ausführung haben wir collegialiter mit allem Fleiß wohl erwogen/ erachten demnach in Rechten gegründet zu ſeyn/ daß erwehntes Teſtament/ ohngeachtet der eingeſezte Erb vor dem Teſtirer todts verfahren/ und alſo (nach gemeinen Kaiſerlichen Rechten) alles/ was darinnen disponiret/ gantz und gar gefallen wäre/ dannoch/ vigore Statuti Norici, quoad reliqua præter heredis inſtitutionem, in eo ſcripta, in ſeinen Würden und Kräfften verbleiben: Im übrigen aber die Sache ad cauſam inteſtati gelanget/ und dannenhero zu der ohnverſchafften Ubermaß nicht allein des Verſtorbenen nächſte Bluts-Freunde/ ſondern auch deſſen nachgelaſſene Ehegatten/ vermög der Reformation, zugelaſſen werden müſſe. A. V. R. W.

Zu dieſer unſerer Meinung aber hat uns bey den Erſten Punct bewogen der Textus Reformationis. *tit. 29. l. 9.* welcher/ ob er wol tanquam juris communis correctorius, ultra Caſum, in quo loquitur, nicht extendirt werden ſollte.

l. quod

l. quod ver. ff. de legibus &c. quæ à jure. de Reg. jur. in 6.
Geil. 2. *obs. 33.* Matth. de Afflict. *decis. 21. n. 13.*
Matth. Coler. *Dec. Germ. p. 1. dec. 54. n. 7.*

So ist doch so viel daraus klärlich abzunehmen / daß / vermög desselben / die Erbsatzung für das Hauptstück eines Testaments nicht mehr zu achten; sondern die Geschäffte und Ordnungen auch ohne dieselbe für gültig gehalten und vollstrecket werden sollen. Dadurch dann die Ratio juris communis, so das ganze Testament sonsten umstösset / haud obscurè ufgehoben wird / und conseq. correcta ratione juris & ipsa dispositio meritò correcta censeri debet.

Gloss. *in l. 1. verba prudentia. ff. de legit. tutor. ibique Bart. & Dd.*

Everh. in Topic. *lo. à cessat. ration. 80. n. 3.*

Hierzu komet fürs andere die Ratio in ipso Statuto expressa tit. zur Handhabung des Testirers Willen 2c. quæ cùm generalis sit, & non minus huic casui, quo heres vivo testatore mortuus est, quàm illi, qui ab initio nullus institutus erat, conveniat, generaliter quoque Statutum accipiendum, & ad utrumque Casum porrigendum videtur. per notata Jans. in Auth. Quas actiones. *num. 7. & 22. C. de SS. Eccles. &* Sichard. *in l. 2. C. de noxal. act. n. 5.*

Drittens lässet sich *ex d. l. 9. t. 29. Reform* nicht unfüglich schliessen / daß in testamentis hisce statutariis (hactenus videlicet ut ultima voluntas etiam sine heredis institutione valeat) die Clausula codicillaris allzeit verstanden werden müsse: uf welchen Fall dann ohne Zweiffel dieses Testament / quoad reliqua in eo contenta, kräfftig seyn würde. Certi namque juris est, quod etiam Testamentum, q. caducum virtute ac beneficio Clausulæ codicillaris, quoad omnia alia capita, præter heredis institutionem confirmetur.

arg. l. generaliter. 24. §. ex testam. 11. ff. de fideicom. libertat.
Geil. 2. *obs. 134. num. ult.*
Bernh. Græv. Pract. *concl. lib. 2. concl. 134. Conf. 1. n. 1.*

Bey dem andern Punct ist ausser allen Zweiffel / quod herede instituto ante Testatorem defuncto, res ad causam intestati recidat.

§. poster. 2. Instit. quib. mod. testam. infirm. l. 1. ff. de injust. rupt. & irrit. testam.

und dannenhero die Succesſio ab inteſtato ſtatt finde/ eben ſo wol als wann anfangs kein Teſtament gemacht worden wäre.

pr. Inſt. de hered. quæ ab inteſt. & l. 1. pr. ff. de ſuis & legit. hered.

Wann dann in der Reform. *t. 33. l. 3. pr.* neben des Verſtorbenen Seiten-Freunden und Eltern/ auch der hinterlaſſenen Ehegatten ab inteſtato zugelaſſen / wird derſelbe auch in unſerm Fall mit Recht nicht ausgeſchloſſen werden können.

Und irret gantz nichts der angezogene Text *ex. tit. 37. l. 2. pr.* dann zu geſchweigen/ daß aus demſelben/ ſo viel dieſen andern Punct betrifft/ vielmehr das Widerſpiel zu behaupten wäre; wie in ipſa ſpecie facti recht und wol erinnert worden: So läſſet ſich nicht wol ab incluſione unius, ad excluſionem alterius, alio loco incluſi, dergeſtalt ſchlieſſen.

Dec. Conſ. 110. col. 2. & conſ. 190. Col. 4.

beſonders diß Orts / da in dem textu allegato nicht principaliter de Succesſione, ſondern von dem Einſatz oder inductione vel immisſione in bona defuncti gehandelt wird. Wer aber uf den Caſum deficientis Teſtamenti eigentlich ab inteſtato ſuccedire/ muß aus andern Textibus, als Sedibus propriis, genommen werden ꝛc. Salvo aliorum judicio &c.

XXV.

Was in einem Teſtament durch das Wort Kinder zu verſtehen?

DEn vorgeſezten Caſum ſamt dem Extract Teſtaments und Schemate Cognationis habe ich mit Fleiß durchleſen / und beruhet die Frage in facto & mera voluntate, was nehmlich Barbara Meyrin in ihrem Teſtament §. Zum dritten/ eigentlich diſponiren/ und ob ſie durch das Wort Kinder/ allein die Kinder im erſten Gradu, d. i. Söhne und Töchter / oder zugleich auch die Enenkelein oder Kindes-Kinder habe verſtehen wollen?

Nun

Nun ist zwar in der Lateinischen Sprach richtig/ quod liberorum appellatione contineantur nepotes & descendentes omnes in infinitum,

per textum expressum in l. liberorum. 220. ff. de V. S.

ut si liberi in testamento aliquo vocentur, etiam nepotes & pronepotes intelligantur.

l. cum avis. 102. ff. de condit. & demonstr. l. cum acutissimi. 30. C. de fideicom. l. generalia 6. §. 1. C. de instit. & substit.

Bened. Carpz. *in juruprud. forens. p. 3. const. 8. defin. 28.*

Allein in unser teutschen und Mutter-Sprach will solches in Zweiffel gezogen werden/ indem der vornehme JCtus Zasius *Vol. 1. Cons. 7.* und Modestin. Pistor. *Vol. 2. Cons. 52. n. 43* dafür halten/ daß im Teutschen das Wort Kinder nur die Söhne und Töchter/ und nicht zugleich die Enenkelein oder Kindes-Kinder begreiffe/ allegata ad hoc authoritate Bart. *in d. l. 220. n. 2. de V. S.* qui in idiomate Italico, vulgare verbum *liberorum* non haberi affirmat. Hingegen wollen andere/ daß auch in Teutscher Sprach das Wort Kinder general seye/ und nicht allein von den Söhnen und Töchtern/ sondern auch von Enenkelein und Kindes-Kindern/ verstanden werden müsse. Und diese Meynung wird billig insgemein der andern vorgezogen/ alldieweil auch in der teutschen Sprach das Wort Kinder eben so wol/ als in der lateinischen das verbum *liberorum*, general, und demnach in beeden Sprachen filii & filiæ, nepotes & pronepotes, Söhne und Töchter/ Enenkelein oder Kindes-Kinder darunter begriffen werden/ wie solches mit Umständen ausführet Johann. Rüdel. *Synd. Lubec.* & Petr. Brie *in Cons. quæ extant Tom. 2. varior. JCtorum, Francofurti editorum.* dahin ich mich geliebter Kürtze halben bezogen haben will.

Gœdd. *ad l. filii. 84. n. f. ff. de V. S.*

Solchemnach bin ich der unvorgreiflichen Meynung/ daß in Barbara Meyrin Testament/ §. Zum dritten/ das Wort Kinder auch von den Kindes-Kindern dergestalt zu verstehen seye/ daß die strittige Wiesen als ein fideicommissum nach der Zaanischen Kinder Tod auf andere der Testirerin Enenkelein zuruck fallen solle/ jedoch wofern dieselbe alle ohne Kinder versterben würden. Hæc enim conditio, si sine liberis, ex conjecturata testatoris mente in omnibus dispositionibus subintelli-

telligenda est, *d. l. 6. §. 1. C. de instit. & substit. d. l. 30. C. de fideicomm. & inprimis d. l. 102. ff. de Condit. & demonst.* quæ rem hanc penè in terminis decidere videtur. Wann dann die Zaanische Kinder zwar verstorben/ aber der eine Sohn eine Tochter hinterlassen/ als wird dieselbe Wiesen auf sie vor der Margaretha Schneeweißin oder Clara Huzbirn Kinder gefallen seyn/ *per d. l. 102. &c.*

Sequuntur Casus matrimoniales, qui dispensationem requirunt.

XXVI.

Casus, daß einer eine Ehe per atroces injurias habe erzwingen wollen.

DIe von Fürstlicher Canzley zu Zell ꝛc. der Theologischen und Juristischen Facultät zugeschickte Acta, in Ehe-Sachen Antonii Georgen von Bodendorf/ Klägers/ wider Heinrichen von Dannenberg/ und Consorten/ habe ich mit allem Fleiß durchlesen/ und erwogen; und beruhet das gantze Werck uf folgenden 2. Fragen:

1.) Ob zwischen dem von Bodendorf und des von Dannenbergs Tochter/ Jungfer Maria Sophia/ eine beständige Ehe abgeredet und beschlossen/ daß sie zu Vollziehung derselben mit Recht angehalten werden möge?

2.) Ob nicht dergleichen atroces injuriæ und da herrührende capitales inimicitiæ von dem Beklagten articulirt und erwiesen/ daß/ obschon tractatus matrimoniales, oder auch sponsalia de futuro, ja gar de præsenti vorgangen/ solche billig cassiret und ufgehoben werden können?

Anlan-

Anlangend die erste Frag/ giebet zwar der von Bodendorf vor/ daß er nicht allein durch den Obrist Wurm bey deme von Dannenberg um die Tochter werben lassen; sondern auch/ als uf die genommene Bedenck-Zeit/ keine Resolutio erfolgen wollte/ sich selbst nacher Osterroda zu dem von Dannenberg erhoben/ und ihn des andern Tages/ in Beyseyn der Frauen und Tochter/ angesprochen/ der ihm dann mit diesen Formalien geantwortet/ erstlich zwar zu der Frauen und Tochter sich gewendet/ und gesaget: Was wollen wir den guten Kerl länger ufhalten ihme die Hand geboten/ und vermeldet/ hiemit sey Sie dir zugesaget/ und wünsche dir Glück und Heil darzu/ welches er mit Danck acceptiret/ und der Frauen die Hand gegeben/ die sich dann dahin verlauten lassen/ habe ich doch allezeit gesagt/ was mein Juncker thue/ wäre ich wol zufrieden; Endlich hätte er auch der Jungfer die Hand geboten/ und zugleich einen Diamant-Ring præsentiret/ welchen Sie uf Zusprechen des Vatters/ warum sie es nicht thun wollte/ angenommen/ und ihme noch vor seinem abreisen ein Arm-Band/ von ihrem Haar und Gold geflochten/ mit einer güldenen Schliessung/ und ihren Namen drauf/ verehret ꝛc. Auch hatte sich der von Dannenberg nachmahls gegen den Groß-Vogt zu Zell verlauten lassen/ er wüste sich nicht allein seiner gethanen Zusage gnugsam zu erinnern/ sondern wollte auch mit Fleiß dahin trachten helffen/ daß der von Bodendorf bequeme Gelegenheit zur Wohnung und Adelichen Unterhalt förderlichst überkomen möchte; Alles nach fernern Inhalt des den 2. Aug. anno 1635. übergebenen Klag-Libells. &c.

Allein der von Dannenberg ist ein mehrers nicht geständig/ als daß zwischen den von Bodendorf und ihn seiner Tochter halber vor diesem wol etliche Tractaten vorgangen: und er ihm/ uf sein vielfältiges anhalten/ da es GOTT und allen Interessenten also gefällig/ etlicher massen Verheissung gethan/ jedoch mit dieser ausdrücklichen condition, daß er vorhero durch seine beede Schwäger/ den Groß-Vogt zu Zell/ und Levin von der Schulenburg/ werben lassen/ und alsdann erstlich in allen gründliche Abrede und endlicher Schluß gegeben und genommen werden/ bis dahin aber alles verschoben seyn sollte: wie dann auch die Tochter ihres Consens halber (wie doch billig geschehen sollen) niemals befraget/ noch darein gewilliget. Solche condition aber der von Bodendorf aus der Acht gelassen/ die bedingte Werbung nicht allein nicht befördert/ sondern auch fast in einem ganzen Jahr nichts zuentboten

oder zugeschrieben/ ausser einem Gruß-Brieflein; darauf die Tochter Ehren halber (jedoch ohne einige Verbindlichkeit/ und Anzeig künfftiger ehlicher Affection, geantwortet: daß also diese Sach auf blossen unverbindlichen Tractaten bestanden und verblieben; auch die Tochter bey solcher Bezeigung/ nachmals zu Vollziehung solcher ihres Theils niemahls völlig bewilligter Ehe/ ganz nicht zu disponiren gewesen/ sondern vielmehr öffters mit heissen Zähren dafür gebetten/ wie mit mehrem in des von Dannenberg Exceptionibus sub num. 28. ausgeführet wird. Und obwol der von Bodendorf neben Ubergebung seiner Articulorum probatoriorum (die er mediante juramento dandorum zu behaupten sich anerboten) inständig begehret/ daß der von Dannenberg zur Antwort mediante juramento respondendorum angehalten werden möchte; So ist doch durch eine von Marpurg (sowol von Theologisch- als Juristischer Facultät) eingeholte Urtheil solches abgeschlagen/ und hingegen des von Dañenberg eingewandte Exceptiones litis ingressum impedientes super prætensis injuriis & inde ortis capitalibus inimicitiis, ad probandum zugelassen worden/ nach Ausweis des Marpurgischen Urtheils/ sub num. 100. Da dann nachmahls in processu, bey Abhörung der Zeugen/ etliche sich befunden/ so uf des von Bodendorf überreichte Interrogatoria unter andern ausgesagt/ daß sie uf Begehren und im Namen des von Bodendorf dem von Dañenberg zugesprochen/ und von ihme zur Antwort bekommen: was er deme von Bodendorf versprochen/ wollte er ihm als ein ehrlicher Mann halten/ und wann seine Frau und Tochter solches nicht thun wollten/ so wolte er sie für sein Weib und Tochter nicht halten &c. jedoch saget der eine Zeug/ Herr Obrist Wurm/ darzu/ daß der von Dannenberg gesaget: Er wolle nicht hoffen/ daß der von Bodendorf begehren würde/ daß er seine Tochter zu einer Heuraht nöhten sollte/ wäre auch ihme Bodendorf nicht rahtsam rc. Allein weil gleichwol diese Zeugen nicht auf die zuläßige Articulos probatoriales, sondern vielmehr per indirectum auf des Klägers ausdrücklich verworffene Articulos deponiret/ die circa circumstantias singulares sind/ und uf allen Fall ein mehrers nicht sagen können/ als daß der von Dannenberg/ was er dem von Bodendorf versprochen/ ehrlich halten wolle; was aber dasselbe gewesen/ und ob es purè oder sub conditione geschehen/ nicht zugleich affirmiret. Ist hierdurch die angegebene Ehe-Verlöbtnus/ wie sichs zurecht gebühret/ nicht erwiesen/ mag auch ins künfftige bey so gestalten Sachen/ da alles privatim zwischen

den

den Partheyen vorgangen/ schwerlich erwiesen werden: es wäre dann/ daß dem Beklagten das juramentum purgationis uferleget würde; wie zwar der Kläger begehret/ aber wegen eingewandter exceptionum (davon bey der andern Frage) und anderer Ursachen nicht geschehen kan.

Bey der andern Frage befindet sich bey den zweyen eidlichen Aussagen so viel/ daß der von Bodendorf uf den von Dannenberg/ seine Frau und Tochter vielfältig/ auch wol in Fürstlicher Personen Gegenwart/ hefftig gescholten und geschmähet/ er hielte den von Dannenberg/ wann er ihme nicht hielte/ was er ihm versprochen/ für einen Coujon, für einen leichtfertigen verlogenen Mann/ seine Frau und Tochter für lose leichtfertige Leute und Couranien/ wollte sich/ wann ihm zu seinen Rechten nicht geholffen würde/ selbst rächen/ und dem von Dannenberg/ wann es gleich in Beyseyn des Fürsten seyn sollte/ ein Paar Ohrfeigen geben/ oder eine Tracht Stösse zustellen/ item, den Hals brechen/ oder eine Kugel durchs Hertz jagen/ und was dergleichen hoch-schimpfliche Schelt- und Drohworte mehr gewesen; dahero dann der von Bodendorf/ nach des von Dannenbergs (der solche Injurien tief zu Hertzen gezogen) Meynung/ all sein eingebildetes jedoch ungestandenes Recht zu lauter Unrecht gemacht/ daß kein Recht-liebendes Hertz ihn verdencken würde/ wann er bey so gestalten Sachen/ dem von Bodendorf (zu sein- und der Seinen künfftig höchst-beschwerlichen/ traurigen und elenden Zustand/ so aus dergleichen Ehe ohnfehlbar erfolgen müste) seine Tochter nicht geben/ noch sie darzu verstehen könte: sondern versehe sich vielmehr/ daß/ da schon einige Tractatus matrimoniales, oder Sponsalia de futuro, vel etiam de præsenti, (so doch keines wegs gestanden wird/ noch zu erweisen ist) vorgangen wären/ die Beklagten dannoch/ wegen ausgestossenen groben Injurien/ und daher erwachsenen inimicitiis capitalibus, davon gäntzlich absolviret und billig losgesprochen werden sollten. Hierwider nun wendet zwar der von Bodendorf ein: 1.) daß er die angezogene Worte nicht purè, sondern conditionaliter (wann ihme das Versprechen nicht gehalten/ oder auch nicht rechtlich verholffen würde) geredet. 2.) Auch solche nicht injuriandi animo, (so ohne dessen bey einem Freyer und Heyrahs-Mann nicht zu præsumiren) sondern defendendi honoris & existimationis causæ, weil der von Dañenberg/ durch verweigern des gethanen Versprechens und Ehegelübds/ ihn höchlich offendirt und beschimpft/ gemeinet hätte.

3.) Daß

3.) Daß bey den Evangelischen Consistoriis und Ehe-Gerichten nur zwo Ursachen dissolvendi matrimonii bekant/ als *adulterium*, & *maliciosa desertio*, darunter aber die injuriæ & inimicitiæ capitales nicht gerechnet würden/ noch auch zu rechnen wären.

Allein etlicher Zeugen Aussage geben so viel/ daß die berührte Schmähe- und Drohworte nicht allzeit conditionaliter, sondern auch wol purè gefallen/ und obwol aus anderer Zeugen Deposition, so dieser Condition ausdrückliche Meldung thun/ dieselbe auch in dem übrigen vielleicht tacitè zu verstehen seyn möchte/ so würde doch solches den Kläger nicht entschuldigen/ alldieweiln verba per se injuriosa etiam sub conditione prolata, pro injuriosis zu achten/

per ea, quæ tradit Zas. in l. 100. ff. de V. O.

Schrad. *tract. feud. part. 9. c. 4. n. 107.*

Adde *Responsa Rostoch. Jenens. Helmstad.* bey den *Actis n. 182 & n. 183.*

Und dannenhero die bey den Beklagten gefaste Feindschafft und inimicitiæ capitales um so viel desto weniger aussenbleiben oder benommen werden/ weil dennoch zum wenigsten es das Ansehen haben würde/ als hätte der von Bodendorf dem von Dannenberg seine Tochter uf diese Weise gleichsam mit Gewalt abgeschrecket und abgedrungen: welches aber kein Vatter ihme leichtlich wird nachsagen lassen. Fürs ander kan der von Bodendorf keine Defension vorwenden/ dieweil im geringsten keine læsio oder injuria à parte reorum vorgangen/ noch erwiesen worden/ hat auch der Kläger/ daß das Conditional-Versprechen nicht gehalten worden/ Niemand anders/ als sich selbsten/ zuzumessen/ indem er nicht allein/ auch uf Fürstliche gnädige Interposition, alle gütliche Handlung verschlagen/ sondern auch mit dergleichen unverantwortlichen Schmäh- und Drohworten heraus gebrochen; und da ihme Beklagter ja einige Beleidigung de facto eingebildet/ hätte er zum wenigsten in diesem Fall/ da er mit Heurahts-Gedancken umgangen/ an den ordentlichen Rechten genügen lassen/ und nicht dergleichen grobe Injurien und Drohworte wider seinen vermeynten Schwäher ausgiessen sollen; so ja/ Freundschafft zu stifften oder zu erhalten/ im geringsten kein Mittel ist. Und ob zwar sonsten in dubio injuriandi animus nicht vermutet wird per nota & vulgaria jura, so hat doch solches nicht statt/ quando verba vel factum per se injuriosum est,

wie

wie in diesem unserm Fall: und mögen ihme die Heurahts-Gedancken wenig vortragen/ sintemahl etliche Zeugen unter andern ausdrücklich deponiret/ daß er der Jungfrauen nunmehr zur Ehe nicht begehrte/ sondern wollte seine Sache nur ausführen und demonstriren/ daß sie ihme versprochen wäre; so aber bishero nicht geschehen/ wie bey der ersten Frag erwehnet worden.

Drittens ist wol nicht ohne/ daß ex jure divino nur zwo Ursachen dissolvendi matrimonii passiret werden; allein versiret man dis Orts nicht in causa matrimonii consumati, sondern nur sponsalium, (wiewol auch solche von Beklagten weder gestanden/ noch vom Klager erwiesen seynd) welche/ licet de præsenti fuerint, simpliciter & absolutè pro matrim. consumato nicht zu halten seyn/ sondern re hactenus integrâ &c. ante benedictioenm publicam & copulam, auch wol aus andern Ursachen rescindiret werden mögen; darunter dann die inimicitiæ capitales nicht die geringste zu achten; dieweil bey denselben nichts anders als eine unfriedliche Ehe/ unter den Verwandten ins künfftige allerhand Ungelegenheit/ ja wol Mord und Todtschlag zu befahren ist.

arg. c. 2. & c. requisivit. 17. X. de Sponsalib.

Cypræ. *de Sponsalib. c. 13. §. 82. Tubing. part. 5. Cons. 237. n. 44. Quod consilium à Dn. D. Thumn. & Bezoldo subscriptum est. Accedunt Respons. Jenens. & Helmstad.* so bey den *Actis* zu befinden/ *sub num. 186. & 187.*

Solchem nach hielte ich ohne Maß-geben dafür/ daß bey so gestalten Sachen/ da keine Sponsalia von dem Beklagten gestanden/ noch dem Kläger erwiesen/ und sonsten dergleichen Injurien vorgangen/ daß wol auch allerdings richtige Sponsalia derentwegen rescindiret werden könten/ die Beklagten von angestellter Klag zu absolviren *&c.*

Bayerische Staatsbibliothek MÜNCHEN

XXVII.

Casus & Quæstio: Ob jemand seines verstorbenen Stief-Sohns hinterlassene Wittib zu heurahten befugt seye?

Bey diesen Fall ereignen sich zwo Fragen:

Erstlich/ ob diese Ehe für sich/ auch ohne der Obrigkeit Erlaubnus/ zulässig seye?

Zum andern/ ob eine Christliche Obrigkeit/ da sie ja verboten/ hierin dispensiren/ und auf ansuchen der Personen zulassen könne?

SO viel nun die erste Frag anlanget/ hat es anfangs das Ansehen/ als sey disfalls die Ehe nicht verboten/ sondern auch ohne dispensation zugelassen. Dieweil 1. in H. Göttlicher Schrifft nirgends/ weder ausdrücklich/ noch per necessariam consequentiam, dergleichen verbot zu finden/ wie aus dem 3. Buch Moyse im 18. und 21. Capitel/ da die verbotene Gradus erzehlet werden/ gnugsam erscheinet. 2. Weil in den Päbstlichen Rechten in secundo genere affinitatis, dahin auch gegenwärtiger Fall gehöret/ die Ehe ausdrücklich zugelassen/

c. pen. X de Consangu. & Affinit. ibiq; Gloss. & Dd.

Und ob zwar in weltlichen Rechten dieser Gradus unter die verbotenen gerechnet wird/

l. 15 ff. de rit. nupt.

so ist doch nicht darauf/ sondern vielmehr auf das Jus Canonicum, zu gehen/ als welches in den causis matrimonialibus, auch bey den Evangelischen Consistoriis, man vornehmlich in acht zu nehmen pfleget; wie unter andern bezeuget

Schneid. *ad tit. Inst. de nupt. pr. n. 11.*

Dn. Rittershus. *de differentia Juris Civil. & Canon. in proœm.*

welcher Meynung dañ beypflichtet Cujac. *ad rubr. X d. t. de consang & affin.* & Nicol. Henning. *in libell. de conjug. p. m. 116.* und ist auch nach derselben anno 1599. den 14. Jun. in einem Consistorio gesprochen

worden/

worden / wie bezeuget Herr D. Gerhard. *relatus à M. Georg. Dedeken. Vol. 3. Conf. lib. 3. Sect. 6. num. 10.*

Aber dessen allen ohngeacht / halte ich dafür / daß dergleichen Ehe für sich selbst / ohne sonderbare Dispensation der Obrigkeit / keines wegs zuläßig seye.

(1. *Per leg. uxorem 15 ff. de rit. nupt.* da diese Heuraht ausdrückl. (und wie man zu reden pfleget) in terminis verboten wird.

(2. *Per leg. non facilè. 4. §. hos itaque ff. de gradib. & affinit. & §. affnitatis. 6 Instit. de nupt.* da die Personen / so als Eltern und Kinder gegen einander sich zu erzeigen schuldig seyn / von dem zusammen-heurahten gantz und gar abgewiesen werden.

(3. ob publicam honestatem, & scandalum vitandum: wegen gemeiner Ehrbarkeit / und Vermeidung allerhand Aergernus: damit nicht etwan der gemeine einfältige Mann hierdurch geärgert / und auch in andern noch nähern Gradibus sich zu verheurahten Anlaß nehmen möchte. Und diß ist fast der gemeine Schluß der Rechts-Gelehrten / deme auch die Consistoria meistentheils folgen / wie solches nicht allein Schneidevv. *ad d. t. de nupt. sub rubr. de arb. affinit. n. 14.* bezeuget; sondern auch aus obangezogenem Dedekenn. *d. Vol. 3. Conf. lib. 3. sect. 6. num. 3. 6. 8. 10. & 11.* mit mehrerm zu sehen. Und irret hierinnen nichts / was oben aus der H. Schrifft und Päbstlichen Rechten angezogen worden. Dann ob zwar dieser Fall in Göttlicher Schrifft nirgends verboten / so sind doch Christl. Unterthanen auch den weltlichen Gesetzen / so GOttes Wort nicht zuwider / und auf bürgerliche Ehrbarkeit sich gründen / zugehorsamen / nicht allein zu Vermeidung der Straf / sondern auch um des Gewissens willen / schuldig / aus Befehl des Apostels Pauli in der Epistel zu den Röm. am 13. wie dann auch andere Gradus, so in GOttes Wort zuläßig / durch die Keiserliche Rechte / aus gewissen und erheblichen Ursachen / verboten / und deswegen insgemein billig observirt werden. Das Päbstliche Recht aber (zu geschweigen / daß es in hoc casu von vielen Juristen ad lineam collateralem restringiret werden will / wie aus dem Schneidevv. alleg. loc. erscheinet) obligirt die Evangelischen nicht weiter / als so fern es consuetudine locorum approbiret und angenommen worden.

Beust. *de matrim. c. 26. in fin.*

Wann dann (wie oben erwehnet worden) die Consistoria disfalls

mehr auf das Jus Civile, als Canonicum, sehen/ bleibt es billig dabey/ daß in proposita Quæstione diese Ehe für verboten zu halten seye.

Dieses nun/ damit wir auch die andere Frag mit wenigen erörtern/ ziehen ihrer viel vornehme Theologi und Juristen dahin/ daß sie auch der Obrigkeit/ in dergleichen Fällen zu dispensiren/ nicht leichtlich zugeben oder rahten wollen.

(1. Per textus & rationes supra adductas, fürnehmlich weil die/ so an Eltern und Kinder statt seyn/ nicht zusammen heurahten sollen/ wie in gegenwärtigem Fall die Stief-Schnur durch die Heuraht mit dem Stief-Sohn gleichsam eine Person und ein Fleisch worden sey.

(2. Weil dieser Personen Kinder nicht zusamen heurahten könten/ dann da der Stiefvatter mit des verstorbenen Stiefsohns Mutter/ und gleichfalls die Stiefschnur mit dem Stiefsohn Kinder erzeiget hätte/ würde denselben/ zusammen zu heurahten/ keines wegs gestattet: würden also billig auch die Eltern von dergleichen Heurahten abgewiesen.

(3. Wegen Confusion und Vermischung der Verwandtschafft/ dann wofern Kinder aus der ersten Ehe des Stiefvatters vorhanden/ wäre ihnen die Wittwe an statt einer Schwester/ wegen der Ehe mit dem Stiefsohn/ mit dem sie gleichsam eine Person und Fleisch gewesen ist; und zugleich an statt einer Mutter/ wegen der neuen Ehe mit dem Stiefvatter: Gleichfalls da Kinder aus der ersten Ehe der Wittwe vorhanden/ wäre ihnen der Stiefvatter an statt eines Ahnherrn oder Großvatters/ wegen der Ehe mit des verstorbenen Stiefsohns Mutter: und zugleich auch an statt eines Vattern/ wegen der andern Ehe mit des Stiefsohns hinterlassener Wittib.

Dn. D. Gerhard. *relat. à Dedekenn. d. Vol. 1. Conf. lib. 3. Sect. 6. num. 11.*

und dahin gehet auch der Schluß des Consistorii *num. 6.* der ausdrücklich will/ daß dergleichen Personen keine Christliche Ehe mit einander vollziehen und besitzen mögen. Adde Schneid. *d. loco.*

Allein/ dem sey wie ihm wolle/ so bin ich doch der Meynung/ daß eine Obrigkeit (so das Jus Episcopale ohnstreitbar hat/ wie an diesem Ort) ohne einige Hindernis wol dispensiren und dergleichen Ehe zulassen könne/ wofern sie nicht etwan andere erhebliche Ursachen hätte &c.

Und

Und solches darum/ weil 1. dieser Gradus nicht in jure divino, sondern allein civili verboten ist/ in dergleichen Fällen aber eine Obrigkeit zu dispensiren wol Macht hat.

Beust. *d. tr. de matrim. c. 66.*

2. Weil das Jus Canonicum nicht allein linea collaterali dergleichen Heuraht ausdrücklich zulässet/ sondern auch secundum genus affinitatis, und daher rührende prohibitionem nuptiarum gantz und gar ufhebet.

d. c. pen. ✗ *Consang. & affin. ibique Gloss. & Dd.*

und dieser Meynung ist auch Panorm. & Covarruv. *ad d. c. pen.* Beust. *d. tr. de matrim. c. 53.* das Chur-Sächsische Consistor. bey dem Dedekenn. *d. sect. 6. n. 3.* die Theologische Facultät zu Rostock. *n. 8.*

Hierwider thun nun wenig die obeangezogene Fundamenta, dann aus dem ersten kan nichts anders mit Bestand geschlossen werden/ als daß dergleichen Heuraht in Keiserl. Rechten verboten seye/ welches wir gern zulassen/ und eben darum dafür halten/ daß eine Obrigkeit zu dispensiren und dieselbe zuzulassen wol befugt sey; und muß das/ so von denen/ die an Eltern und Kinder statt seyn/ nicht gar zu weit extendiret/ sondern entweder von natürlichen Eltern und Kindern/ oder allein von dem primo genere affinitatis verstanden werden/

arg. d. c. pen. ✗ *de consang. & affin.*

In dem andern befindet sich ein grosser Unterscheid zwischen den Eltern und Kindern; sintemal diese wegen naher Blut-Freundschafft billig nicht zusammen heurahten können: welches aber uf dero Eltern/ so einander gar nichts verwandt seyn/ (nisi secundo affinitatis genere) mit Recht nicht gezogen werden kan.

Leztlich zu geschweigen/ daß in gegenwärtigem Fall uf keiner Seiten Kinder vorhanden/ und also die besorgte Confusio Cognationum nicht zu befürchten; So scheinet dieselbe nicht gnug zu seyn/ die Ehe gantz und gar unzuläßig zu machen/ daß auch eine Obrigkeit nicht zu dispensiren Macht haben sollte/ dann auch in andern fast dergleichen Fällen Confusion sich ereignet/ und dannoch die Ehe nicht allerdings verboten ist/ wie aus unterschiedlichen Consistorial-Erkantnissen zu sehen/

apud Dedekenn. *d. Sect. 6. n. 21. 25. 26. & c.*

XXVIII.

Quæstio: Ob einer seines verstorbenen Weibes Bruders Tochter heurahten dörffe?

Was an dieselbe dero Bürger N. N. wegen seiner vorhabenden Heuraht und hierzu nohtwendiger Dispensation supplicando gelangen lassen/ das haben wir anbefohlener massen collegialiter verlesen/ und mit allem Fleiß wol erwogen/ und beruhet die Sache uf zweyen folgenden Fragen:

1.) Ob dergleichen Ehe/ wañ jemand seines verstorbenen Weibes Brudern Tochter zu nehmen willens/ in Rechten zuläßig/ oder nicht? dann

2.) Wann sie ja verboten/ ob nicht eine Christl. Obrigkeit ohne Anstoß des Gewissens darin dispensiren könne?

Bey der ersten nun ist ausser allen Zweiffel/ daß dergleichen Conjunctiones, jure civili, zugelassen/ wie zu schliessen

ex l. adopt. 14. §. fin. ff. de rit. nupt. & l. 4. §. 4. & seqq. aliquot. ff. de grad. affin.

hingegen Jure Canonico (quod potissimum in causis matrimonialibus sequimur) ausdrücklich verboten/

per text. in cap. pen. ✠ de Consang. & Affin. ibique Gloss. & Dd. comm.

De jure divino aber will die Sache etwas bedencklich fallen/ indem theils Gelehrten das Verbot Levit. 18. & 20. nicht von den Gradibus, sondern nur von denen allda erzehlten Personen (darunter des Weibes Brudern Tochter nicht zu finden) verstanden haben wollte. Welcher Meynung dann auch Herr Lutherus selbst anfangs beygepflichtet/ in seinem andern Jenischen Theil pag. 165. a.

Allein/ weil aus diesem Verstand allerhand ungereimte Consequentien folgen würden/ wird selbige fast insgemein verworffen/ wie dann auch Herr Lutherus solche seine Meynung wiederum retractirt

haben

haben solle/ nach Zeugnus Joach. à Beust. *de matrim. c. 51. p. mihi 202. in f.* Und schliessen demnach sowol JCti als Theologi fast einhellig dahin/ daß in angezogenem cap. 18. & 20. Levit. auch ratione affinitatis, in secundo gradu lineæ inæqualis (dahin dieser Fall/ und nicht ad tertium, wie in supplicatione dafür gehalten werden will/ gehöret:) verboten seynd/ *d. c. 18. vers. 14. & c. 20. vers. 20.*

Nicol. Henning. *in lib. de Conjug. pag. mihi 118.*

Schneidevv. *ad t. Instit. de nupt. sub arb. affin. n. 20. & 21.*

Beust. *d. c. 51.*

Bened. Carpz. *in Jurispr. forens. p. 4. Const. 23. defin. 9.*

Irret auch nichts/ daß in d. cap. 18. v. 18. geschrieben stehet/ man soll seines Weibes Schwester/ ihr zuwider und weil sie noch lebet/ nicht nehmen.

Joh. Baptista Cæsar. & Regner. Sixtin. *inter Consil. Altdorff. 109. & 110.*

Dann daraus sich nicht alsbald schliessen lässet/ ergò ist sie nach ihrem Tod zu freyen unverboten: quoniam non temerè ex eo, quod scriptum est, colligendum est id, quod scriptum non est, *ut inquit Basil. citatus à Beust. d. c. 51.* & aliàs argumentum à contrario sensu non procedit, quando absurdum inde sequitur, ut notat post alios se allegatos, Everh. in Topic. *loc. 82. n. 4. & seqq.*

Anlangend die andere Frag/ könte dieselbe leichtlich aus Erörterung der vorhergehenden decidiret werden: quoniam eo ipso, dum hæc conjunctio jure divino prohibita est, cessare humanam dispensationem, dicendum est,

c. litter. 13. ibiq; Gloss. in verbo dispensare ✠ de restit. spoliat.

Schneid. *ad tit. de nupt. sub arbor. affin. n. 22.*

Beust. *d. tr. c. 56.*

Wann nicht von etlichen in Zweiffel gezogen würde/ ob alle Gradus, so Levit. 18. & 20. verboten/ morales, oder aber eines Theils darunter positivi & civiles wären/ quemadmodum in linea collaterali non meram naturalem prohibitionem esse putat

Wesemb. & Giph. *ad §. inter eas. Inst. d. t. de nupt.*

Hugo Grot. *de Jure pac. & belli lib. 2. c. 5. n. 14.*

Allein

Allein wird auch solcher Meynung von den unsrigen fast insgemein widersprochen/ wie zu sehen bey dem Schneidevv. & Beust. *loc. alleg.* und gesezt/ quod prohibitiones istæ Levit. 18. & 20. non veniant à mero jure naturæ, (welches wir/ diß Orts weitläufftig auszuführen/ für unnöhtig erachten) so mag doch dieses schwerlich gelaugnet werden/ quòd præcepto voluntatis divinæ iverint in vetitum, ut Grotius loquitur *d. c. 5. num. 13.* dannenhero auch auf solchen Fall die Dispensatio sehr bedencklich 2c.

XXIX.

Quæstio: Ob einer seines verstorbenen Weibes Stief-Bruders Tochter heurahten dörffe?

Die vorgesezte Facti Speciem und daraus formirte vier Rechts-Fragen haben wir collegialiter verlesen/ und mit gehörigem Fleiß reiflich erwogen. Hierauf nun unser Bedencken und Gutachten zu eröffnen/ so muß bey der ersten Frag ein Unterschied gemacht werden/ inter incestum juris divini ac inter incestum juris civilis & gentium, quando sola juris civilis observatio intervenit, ille inter ascendentes & descendentes, hic inter collaterales, cognatos & adfines committitur,

l. ult. ff. de rit. nupt. l. Si adulterium. 38. §. 1. ff. ad l. Jul. de adulter.

in illo dispensatio Magistratûs etiam Supremi, non recipitur,

c. lit. 13. ibique Gloss. in verbo dispensare *& verbo* divina *X de restit. spoliat. in hoc locum habere potest.*

arg. l. qui in Provincia. 57. §. 1. ff. d. t. de rit. nupt.

Joach. à Beust. *de matrim. c. 56.*

Schneid. *ad t. Inst. de nupt. in arb. affin. n. 22.*

Bened. Carpz. *in Jurispr. Consist. lib. 2. t. 7. Def. 109, & 110.*

Wird demnach diß Orts die Difficultät fürnehmlich darin bestehen/ ob diese Conjunctio (wann einer seines verstorbenen Weibes Stief-Bruders/ sive fratris uterini Tochter/ zur Ehe nimmet) in natürlich-

und Göttlichen Rechten/ oder nur lege municipali und in weltlichen Rechten verboten/ da dann zwar die prohibitio civilis, sive legis municipalis) nam Jure Civilii Romano hanc conjunctionem nusquam prohibitam esse, rectè monet Johann. Fichard. *Conf. Germ. 68. in fin.* (ausser Zweiffel/ dieweil dieselbe nicht allein Jure Canonico, *c. pen. & ult. X de consang. & adfin.* sondern auch in dem Fürstl. Landes-Ehe-Mandat ausdrücklich verboten/ wie in Specie Facti gemeldet wird; von dem geistlichen Verbot aber befinden sich unterschiedliche und widrige Meynungen der Gelehrten/ indeme etliche behaupten wollen/ daß auch diese Conjunctio in Göttlichen Rechten verboten/ per text. Levit. c. 18. & 20. nicht zwar mit klaren ausgedruckten Worten/ sondern propter prohibiti gradus eandem rationem, *arg. d. c. 18 v. 14 & d. c. 20. Levit.* & quod affinitas reguletur secundum propinquitatem cognationis, ut quo gradu cognationis prohibitæ sunt nuptiæ, eodem & affinitatis gradu prohibitæ intelligantur. *d. c. pen. de consangu. & adfin.* adeò ut ne quidem Dispensatio Magistratûs, licet Supremi, locum habere possit.

Joach. à Beust. *de matrim. c. 51.*

Bened. Carpz. *in Jurisprud. forens. p. 4. Const. 24. def. 14.*

Idem in Jurisprud. *Consist. d. lib. 2. tit. 7. def. 111. 112.*

Andere hingegen halten dafür/ daß diese Ehe in Göttlichen Rechten nicht verboten/ sondern dergleichen Personen auch ohne sonderbare Dispensation, wann sonsten keine specialis prohibitio vorhanden/ wol zusammen heurahten mögen/ weil solche Personen unter denen/ so Levit. 18. & 20. erzehlet werden/ nicht zu finden/ und ohne dessen die Gradus ibidem enumerati nicht alle pro naturalibus & moralibus zu achten.

Joh. Fichard. *d. Conf. 68.*

Petr. Wesemb. Professor quondam hujus Universitatis celeberrimus, *Conf.* 23.

Adde Hug. Grot. *de jure belli & pacis lib. 2. cap. 5. num. 12. & seqq.*

Und dieser leztern Meynung fallen auch wir bey/ theils weil das Göttliche Recht selbst einen Unterscheid machet/ und etliche Vermischungen am Leben/ etliche nur orbitate, oder daß sie ohne Kinder sterben sollen/ bestraffet/ d. c. 18. & 20. Lev. theils weil schwerlich geleugnet werden kan/ quod non alia sit ratio adscendentium & descendentium,

alia collateralium, alia ratio cognatorum, alia adfinium. Quamvis enim dici ſoleat, eandem rationem prohibitionis inter adfines & cognatos eſſe, tamen id potiſſimum inter adſcendentes & deſcendentes obtinet.

§. affin. 6. & ſeq. Inſt. de nupt. l. 4. §. hoc itaque 7. ff. de grad. & affinit.

Petr. Weſemb. *d. Conſ. 23. n. 14. & aliàs regula iſta Juris Canonici eſt in d. c. pen. X de conſ. & affinit.*

quod in Conſiſtoriis Evangelicis non per omnia ſequimur, ut monet Modeſtin. Piſtor. *Vol. 2. Conſ. 35. n. 33. & ſeqq.*

Weil aber gleichwol in dem Fürſtlichen Landes-Ehe-Mandat dieſer Gradus ausdrücklich verboten / iſt Georg N. um Diſpenſation an die die hohe Lands-Fürſtliche Obrigkeit billig verwieſen / und nachdem er ſolche von zweyer Linien Herrſchafft / auch die permiſſion, ſich copuliren zu laſſen / von einer Linien erhalten / mag er für einen Blutſchänder mit Recht nicht geachtet werden / ohngehindert / daß die Herrſchafft dritter Linien keines weges in dieſe Ehe conſentiren will: ſintemal ad excluſionem commiſſi inceſtûs genug zu ſeyn ſcheinet / daß zweyer Linien Herrſchafft die Diſpenſation ertheilet: quemadmodum in aliis quoque cauſis majoris partis conſenſum prævalere conſtat,

ex l. item ſi. 17. §. fin. & l. ſeq. ff. de recept. qui arbitr. recep. l. duo. 39. ff. de re judic. l. quod major. 19. ff. ad municip.

Aus dieſem nun / was kürtzlich angeführet worden / reſolviren ſich die folgende drey Fragen gleichſam ſelbſt. Dann bey der andern / weil die Ehe jure divino nicht verboten / und die prohibitio civilis per diſpenſationem uſgehoben / köñen die Ehe-Leute / Georg N. und Urſula / für excommunicirte nicht gehalten / noch die Beicht / das H. Abend-Mahl / und was dem anhängig / ihnen ferners verſaget werden.

3. So iſt auch eben aus denen Urſachen die uff gnädigſte Erlaubnus einer und der andern Herrſchafft gnäd. Befehl vorgegangene Prieſterliche Copulation als ungültig keines weges zu verwerffen. Vielweniger zum 4. die vollzogene Ehe / nach zweyen Jahren und erzeugten Kinde / zu trennen / cùm aliàs quoque benè concordans matrimonium & liberis ſubnixum turbandum aut reſcindendum non ſit,

l. 1. t. ult. ff. de liber. exhibend. idem ducend.

Zudeme

Zudeme gesezt/ aber keines weges gestanden/ es wäre die Conjunctio in GOttes Wort verboten/ so möchte dannoch das matrimonium per benedictionem sacerdotalem & copulam consummatum nicht rescindiret werden; cùm multa faciliùs ab initio impediantur, quàm si facta fuerint, rescindantur,

c. quemadmodum 25. X de jurejur.

Beust. *d. tr. de matrim. c. 52.*

Carpz. *d. p. 4. Jurispr. forens. Const. 23. Defin. 11.*

Idem in Jurisprud. Consist. *d. lib. 2 t. 6. def 99.*

Adde Petr. Wesemb. *d. Consil. 29. num. 11.*

dahin wir uns geliebter Kürze halben referiret haben wollen.

XXX.

Sequitur hîc Dn. Doct. Georgii Christoph. Waltheri Consilium nervosum, super Casum & Quæstionem.

Ob einer seines Weibes Bruders Tochter von halber Gebuhrt heurahten/ und in Fall/ im Weg stehenden Verbots/ uff gebührliches anmelden und bitten/ sonderlich wo res nicht integra ist/ eine Dispensation beschehen könne?

Nun muß der Status Controversiæ recht formiret werden/ ehe man decidiren will. Springen deswegen unterschiedliche Fragen heraus.

Erstlichen: Ob dieser Fall wider das Göttliche Recht lauffe?

Zum andern: Ob er wider das Päbstische seye?

Drittens: Ob er wider das Keiserliche/ weltliche? und ob

Viertens: er auch wider das Statutarium Jus, als hiesige Rotenburgische Ehe-Ordnung/ impingire?

Fünfftens: posito, er wäre wider das geistliche oder weltliche/ Göttliche oder Statuten-Recht/ ob alsdann dispensiret werden möge/ sonderlich in einer solchen Circumstantia, da res nicht mehr integra, und Copula carnalis vorgangen seyn mag?

Wann diese Quæstiones alle wohl erörtert/ wird sichs mit der Decision schon schicken.

Quæstio prima.

Ob dieser Fall wider das Göttliche Recht?

Also sagen fast alle Theologi, Gerhardus *Tom. 7. de Conjug. §. 351. p. 519.* Brochmann. *p. 2. System. Theol. de conjug. c. 4. q. 43.* Bidembach. *de Caus. matrim. c. 3. q. 4. p. 1.* und allegiren Levit. 18. &c. Du sollt deines Vatters Bruders Weibes Scham nicht blösen/ daß du sein Weib nicht nehmest/ dann sie ist deine Wase. & Levit. 20. Wann jemand bey seines Vatters Bruders Weib schläffet/ der hat seines Vattern Scham entblöset/ sie sollen ihre Sünde tragen/ ohne Kinder sollen sie sterben: Also schliessen sie ex consequentiæ necessitate, was unter des Vatters Bruder oder dessen Weib verstanden ist/ das muß auch unter des Vatters Bruders Weib und Mutter Schwester Mann verstanden werden. Hier widersetzet sich nun Petr. Wesemb. *Cons. 23. n. 7.* Fichard. *Cons. 68.* dessen Formalia also lauten: So viel dann betrifft das Göttliche Recht/ da weiß ich gleicher gestalt keine Verhinderung/ dann im 3. Buch Moysis am 18 und 20 Capitul/ da die Personen/ so verboten seyn/ ehlich zu nehmen/ erzehlet werden/ befindet sich dieser unser Fall nicht; Jenes Worte gehen dahin/ hierzu bearget mich/ daß nirgend ausdrücklich in H. Schrifft und Göttlichen Rechten verboten/ seines verstorbenen Weibes Brudern Tochter zu ehlichen/ uff das 18 und 20 Cap. des 3ten Buchs Moysis gezogen/ diesen finde ich beystimmig Hn. D. Burckhard seligen/ Consulenten zu Nürnberg/ (den Hr. Schröderus für den gewissenhafftesten Juristen daselbst zur selbigen Zeit gehalten) welcher in Mss. Cons. Cons. 11. also von sich schreibet: Es ist weder im Gesetz GOttes/ noch in denen gemeinen beschriebenen Rechten verboten/ seines verstorbenen Weibes Bruders Tochter zu der Ehe zu nehmen/ und wird solches an denen Orten/ da-

von

von verbotenen Ehen gehandelt/ nirgend zu finden seyn. Allda er Fichard. d. l. anzeiget/ und desselben schließliche Worte setzet: dieweil ich befinde/ daß weder GOTT noch der Keiser solche Ehe verbieten/ so weiß und will ich auch nicht witziger seyn/ dann sie/ und für verboten achten/ das dieselbe nicht verboten haben. Ecce, daß ich drey vornehme Juristen auf dieser Meynung befunden/ diesen setze ich hinzu Frider. Bruckmann. Chur-Brandenburgischen Canzlern/einen über die massen scharffsinnigen Juristen/ der saget *Lib. 2. Consil. 11. num. 1.* Matrimonium ejusmodi (an vidua nubere possit, jure non refragante, filio sororis consanguineæ vel uterinæ mariti sui defuncti) in jure divino prohibitum expreßè non reperiri, quandoquidem in eo affinitatis ratione solummodò matrimonium cum noverca & socra, cum vidua patrui & avunculi, cum uxore fratris, nec non cum viri & uxoris sorore, ejusque privigna vel nepte, & denique cum uxore filii prohibitum atque interdictum sit, veluti ex Levit. 18. & 20. videre est. Und wie ich jederzeit auf meiner Antecessorum Decisiones und Rahtschläge zu gehen mich beflissen/ also habe ich Hn. D. Prenningers seel. gleiche Meynung/ in Jr. Ehrers Ehe-Fall/ (der doch nicht ist dispensirt worden/ so seine Ursachen gehabt) dahin gefunden/ daß er dafür gehalten/ daß die Dispensationes in den verbotenen Gradibus affinitatis secundi scil. & tertii gradus lineæ inæqualis, aus rechtmäßigen Ursachen zuläßig seyen; der Ehrerische Fall aber keine erhebliche Ursachen haben könne/ qui fuit quinquagenario major, sponsa autem 17 annorum, ille illius Tutor, & ab omnibus admonitus, ne duceret neptem ex fratre uxoris prioris. Nun müssen sie ihrer Meynung gewiß gewesen seyn/ und rationes, ohne welche sonsten ein rechter Jurist sich nicht hören lassen soll/ gehabt haben/ da dann in acht zu nehmen/ daß D. Luther selbsten in Pastorali p. 244. a. dafür hält/ die verbotene Glieder in Ehen sollen die Juristen erkennen. So sagen die Theologi insgemein/ als sonderlich D. Gerhard *Tom. 7. de Conjug. §. 277.* und Bidembach. *de caus. matrim. c. 3. q. 3.* die Juristen hätten in locis Mosaicis nur die personas, aber die gradus nicht gezehlet/ derohalben es ein alter Stritt zwischen den Theologis und JCtis bey dieser Frag ist. Dieser rationen aber sind viel:

Die erste ist verfasset im Wörtlein expreßè, ausdrücklich nemlich/ was in H. Schrifft nicht ausdrücklich verboten/ dasselbe kan nicht für verboten gehalten werden; dieser Fall ist ausdrückl. nicht verboten/ ꝛc.

Nun ist dieses kein geringes Argument, dessen sich sonsten unsere Theologi wider die Papisten wol gebrauchen/ und den locum Devteronom. c. 4. v. 2. Ihr sollt nichts darzu thun/ das ich euch gebiete/ auch nichts davon thun/ einführen.

Dann pro secundo sagen die Rechts-Lehrer/ alia permissa omnia censentur, quæ specialiter lege non inveniuntur prohibita. *l. 1. in pr. ff. de testib. l. ab ea. ff. de probat.* & casus excepti in cæteris non exceptis regulam confirmant. Weiln dann dieser Fall in den beeden Mosaischen locis nicht zu finden/ bleibet er billig sub regula.

Den Herren Theologen wird pro tertio geantwortet/ daß weiln sie aus diesen Orten nur ex consequentia & identitatis ratione argumentiren/ daß identitatis ratio in odiosis nicht statt habe. Everh. *in Topic. loc. à simili. num. 12. v. 5.* Nun seynd alle Bücher voll/ daß in casibus dubiis pro matrimonio, als favorabili & non contra zu respondiren seye. Marpurg. *Vol. 1. Cons. 12. num. 122. & 334.* matrimonii favore multa specialia sunt recepta.

Wann sie auch viertens so hefftig auf das Wörtlein *Patrui* dringen/ und den avunculum, materteram & amitam mit einschliessen wollen/ so respondiret Dn. D. Bruckmann. im allegirten loco: Ja/ es möge wol seyn/ si de utroque latere conjuncto avunculo & patruo es verstanden werde/ und hat diese ratio ein gutes Fundament, dann quæso, warum werden in Levit. diese Ehen verboten/ scil. ne turbatio sanguinis fiat; Seynd aber zwey Halbgeschwistrige vorhanden/ und der Fall wegen Verheurahtung derselben Kinder und verlassener Ehegattung trüge sich zu/ so hätte man turbati sanguinis sich nichts zu befahren/ dann quoties diversa & ex altero latere proveniens generatio incidit, toties turbatio sanguinis dici non potest, si generatorum conjuges & liberi copulari volunt; Die subtile Disputation apud Medicos, an maribus in opere generationis plus, an fœminis zu deferiren/ und weme die generatio alsdann zuzumessen/ auf die Seiten gesezt/ de qua videri potest Sebicius Exercit. Medic. 32. q. 4. num. 5. Nun ist in allen denen dispensirten Fällen/ daß Sebald Kauzen und Stoffel Müllers eine einseitige Schwägerschafft von Schwestern eines Bandes gewesen/ hat derohalben desto gewisser dispensiret werden können.

Den Theologis objiciren wir zum fünfften Patrem Theologorum, D. Martinum Lutherum, wie ihn Wesembec. und Fichard. d. l. allegiren / der saget ausdrücklich in seinem Büchlein vom Ehlichen Leben / da er die verbotene Personen aus dem Moyse erzehlet / dieser Personen / deren alldorten gedacht wird / kan ich keine haben / die andern mag ich haben / nemlich die darinnen nicht exprimirt seyn / und darff dannoch (saget er) kein Geld darum geben / nehmlich ich darf haben meiner Braut oder Weibes Schwester nach ihrem Tod / meines Weibes Bruders Tochter / meines Weibes Vettern Tochter; auch schleust er in seinem andern Büchlein von Ehe-Sachen an vielen Orten / was in Göttlich- und weltlichen Rechten nicht verboten / das seye erlaubet; und obschon die jezigen Theologi antworten / Lutherus hätte dieses geschrieben / da er noch zimlich laulecht gewesen / und noch nicht confirmirt war / als in anno 1522. in initio repurgatæ doctrinæ, wie Beust. *p. 2. de nupt. c. 5. p. 208. in f.* auch zeiget / und Bidenbach. *de caus. matrim. c. 3. q. 4. f. 51. 56.* Gerhard. *de Conjug. §. 277.* So antworten wir aber / sie sollen uns weisen / ob ers retractiret habe / diese Worte sind in den letztern Editionen nicht aussen gelassen / darum werden sie von den Dd. als kräfftig auf heutigen Tag allegiret / hat auch denselben beystimmig gehabt zu seiner Zeit / teste Beustio *d. l.*

Wann aber seine leztere Scripta angesehen werden / so setzet er hinwiederum / wie bey Conrado Porta in Pastoral. p. 241. zu sehen / seine Meynung dahin / der Sipschafft halben und Glieder der Freundschafft / wäre sein Raht / man liesse es bey weltlichen Rechten bleiben / da er dan tacitè zu verstehen geben / daß dieser gegenwärtige Fall nach den Keiserlichen Rechten wol Platz haben könne. Lutherum folget nach Petr. Martyr. *in loc. C. de 2. c. 10. n. 40.* Hier. Zangius *tom. 3. part. 3. lib. 4. p. 785.* Beza *de repud. & divortiis. fol. 53.* welche / ob sie schon der reformirten Religion beypflichten / sind sie doch in hac doctrina unverwerflich. Und so viel von der ersten Frag.

Quæstio secunda.

Ob dieser Fall wider das Canonische oder Päbstl. Recht?

Hier ist gar nicht zu laugnen / daß dieser Ehe-Fall wider dasselbe lauffe / als in welchem alle matrimonia inter collaterales ad quartum usque gradum verboten seyn / und zwar inclusivè, *c. pen. & ult. de Consang.*

Conf. ing. Aber es ist die gemeine Antwort: daß in terris Augustanæ Confessionis dasselbige Jus, quoad causas matrimoniales, nicht geachtet werde/ wie Modest. Pistoris *Conf. 35. n. 33. Vol. 2.* Petr. Wesemb. *d. Conf. 23. n. 12.* Fichard. *d. Conf. 68. p. 151.* beweisen. Et D. Burckhard in angeregtem Consilio; man hat sich in reformirten Kirchen an die Geistliche oder Päbstliche Rechte bisher nicht binden lassen/ sondern wann die Ehe in Göttlichen und weltlichen Rechten nicht verboten gewesen/ ob sie gleich in des Pabsts Rechten verboten/ dieselbe entweder ohne einiges Bedencken/ oder doch per Dispensationem, zugelassen/ Kürze halben mich dahin beziehend.

Quæstio tertia.

Ob dieser Ehe-Fall wider das Keiserl. gemeine Recht?

Hier sagen die Rechts-Lehrer fast alle nein. Fichard. *d. l. p. 151* ait: Ich weiß kein Gesetz/ darinnen verboten/ daß einer seines Weibes Bruders Tochter zu der Ehe nicht haben möge/ dann 1. es werden der Schwägerschafft halben (wie dañ dieser Fall eine blosse Schwägerschafft) gar wenig Personen in den Keiserl. Rechten zu nehmen verboten/ und nur die Stieftochter/ Stiefmutter/ Schwieger und Schnur. *l. fratris uxor, C. eod. l. ult. C. de incest. nupt. consang. l. 8. Comm. c. 9.* Tiraqu. *d. ll. connubial. l. 7. n. 50.*

So ist dieser Fall nominatim nirgend darinnen zu finden/ daß er verboten/ Wesemb. *d. Conf. 23. n. 7.* zwar Bechstad. *in tr. de jure Connubior. p. 206* meynet/ obschon dieser Fall in Jure Cæsareo nicht verboten stehe/ so seye aber dahero nicht zu erweisen/ daß er darum zugelassen. So weiß man aber wol/ daß in dergleichen odiosis & dubiis Casibus die Extensiones Legum ab implicito vel tacito nichts gelten/ sondern es heisset: permissa sunt, quæ non sunt prohibita lege speciali.

Quæstio quarta.

Ob dieser Fall wider die allhiesige Rotenburgische Ehe-Ordnung?

Welches mit kurzen affirmando gestanden wird/ dañ in der Tabella zu sehen/ daß der Mañ nicht haben soll seines Weibs Bruders Tochter.

Quæstio quinta.

Ob in diesem Fall dispensiret werden könne / sonderlich da res non amplius integra und copula carnalis darein kommen seyn mag?

Darauf muß nun gradatim respondiret werden. Erstlich / quod contra jus divinum non valeat dispensatio: Nun ist oben bey der ersten Frag gnug ausgeführet / daß dieser Fall wider das Göttl. Recht nicht seye / deswegen kan accidentibus aliis causis dispensiret werden: das Canonische Recht / ob es schon dissentiret / wird an diesem Ort nicht geachtet. Das weltliche hat desselben kein Verbot uf sich; stehet also endlich an dem Statutario an / ob wider dasselbe zu dispensiren seye?

Hier lauffen 3 Rationes dubitandi ein.

(1. Daß ein Magistratus schuldig seye / secundum Leges suas & Statuta & non contra zu statuiren / *l. form. 2. d. Offic. præf. pt. Aff.*

(2. Imitationis periculum, wann einem eine Dispensation verwilliget wird / daß der andere auch kommet / und dergleichen haben will / dadurch dann

(3. Res mali exempli eingeführet / die herrliche Gesetze durchlöchert / und endlich in eine schädliche Inobservanz gerahten / also daß eine Obrigkeit mehr uf sich selbst / und was ihr Ehren und Gewissens halber / auch Amts wegen gebühre / dann uf das / was andern gefällig / zu sehen schuldig.

Hier ist nun mit Petro Wesemb. *d. Conf. 23. n. 12* der Unterschied zu machen unter der Circumstantia, an res sit integra, an Copula carnalis intervenerit.

Im ersten Casu soll die Obrigkeit über ihre Ordnung gewiß / steiff und vest halten / und so gut sie kan / manuteniren.

Im andern Fall haben die Dd. vornehme Ursachen angezeiget / warum das ἀκριβοδίκαιον nicht zu erwählen / und eine gebetene Dispensation verstattet werden solle / obschon uff diesen Schlag die contrahirende Partey gröblich gesündiget / so müste sie auch darum scharff gestraffet werden. Es will aber gleichwohl 1. eine solche ehliche Versprechung um der beeden Gewissens willen schwerlich retractirt werden.

2. Auch um des unschuldigen Kindes willen. Cavendum enim quoquo modo est, ne Conscientiæ illaqueentur, atque habeatur ratio vitiatæ mulieris & sobolis procreatæ, quibus maxima fieret injuria, non permisso matrimonio. Und wann sonsten keine andere Ursach vorhanden/ hält Arithmæus *peric. 2. Disp. de Affinit. p. 61.* a. dafür/ causâ & favore liberorum seye zu dispensiren/ ne calamitatem immeritam innocentes patiantur. *per l. 57. §. 1. D. R. N.* 3. Und ist das Kirchen- und weltl. Amt denen armen/ betrübten und gefangenen Gewissen zu rahten schuldig/ inmassen dann wider das Göttliche und weltliche Recht/ zu Rettung der Gewissen/ in Sachen/ so nicht wider die Göttl. ausdrückl. Ordnung/ ein permittimus und Nachlaß geschiehet/ und die Ehen gedultet werden/ darvon viel Exempla Beustius allegiret/ *in suo tract. matrim. p. 1. c. 8. & p. 2. c. 56.* Ja es werden von D. Burckharden im angeregten Consilio geringere Rationes respiciret/ die ad Dispensationem von ihme sind erheblich gehalten worden: dann nachdem der Pfleger von L. (allwo dergleichen Ehe-Fall sich zugetragen/ und an den Raht zu N. als ordinarium Magistratum, gebracht worden) etliche Ursachen angezeiget/ daß der Kinder viel vorhanden/ dieselbe noch jung/ und die Braut ihrer gewohnet/ auch des Petenden Haußhaltung erfahren seye/ dannenhero (schreibet er) könne man diese Heurath wohl zulassen/ oder aufs äuserst darinnen dispensiren/ auch da man nicht will/ daß dieselbe in consequentiam gezogen werde/ dem Dispensando 1. Thaler oder etl. dieser Concession halber ad pias causas uflegen/ wie in dergleichen Dispensations-Fällen Hr. D. Horel seel. öffters gerahten hätte.

Wann nun andere Dd. denen Besoldus *de nupt. c. 10.* beystimmet/ sic scribens: An liceat ducere filiam sororis uxoris. Quod nego, quod uxor mea nequeat ducere filium suæ sororis, & quod quidam Theologi, inter quos est etiam Lutherus, hoc matrimonium concedunt, id tamen capio de Dispensatione, & quidem in causa necessitatis, ubi scil. res amplius integra non est, vel causa aliqua gravior urget; quo de Casu ipse Petr. Wesemb. respondit, in dergleichen Ehe-Fällen den gelinden Weg gegangen/ und sonderlich wo res nicht integra gewesen/ ein permittimus verstattet/ also sage ich nochmahln/ daß bey Christoph Müllers (Barbirers) vorkommenen Fall ein solches wol/ recht und Christlich erwogen/ und weder ich noch ein anderer ihme deswegen einen Scrupel im Gewissen zu machen habe; bevorab und insonderheit/ welches ich darum nicht recht spreche/ daß hiebevorn/ ja

wol

wol neulich/ mehr dergleichen Ehen vorkomen/ die in unserer Ehe-Ordnung verboten/ darüber wol bey E. E. Raht gar nicht um die Dispensation angehalten/ solchen Contrahirenden auch einzige pœna nicht dictiret worden; Hier aber ist die Dispensation unterthänigst gebeten/ und/ zu manutenenz der Ehe-Ordnung/ eine Straff ad pias causas dictiret worden. Was derowegen pro rationibus dubitandi oben eingeführet worden/ das kan leichtlich und dergestalt beantwortet werden:

Erstlichen/ daß ich selbsten und so lang mir der Athem ausgehen wird/ dafür gäntzlich halte/ es solle und muß eine Obrigkeit über ihren Legibus halten/ es kan aber dieselbe ex causa gravi & stringente ad æquitatem bisweilen gehen/ und ne majus moveatur incommodum dispensiren. Justa causa facit, ut contra jus agi nihil intelligatur, ait Tiraq. Und Marcellus JCtus saget: *in l. etsi. 144. ff. d. R. I.* etsi nihil facilè mutandum est in Solennibus, tamen ubi æquitas evidens poscit, subveniendum est, in omnibus rebus præcipuum est, justitiæ magis & æquitatis, quàm stricti juris haberi rationem, extat *in l. 8. C. d. ll.* Dann für das andere imitationis periculum zu vermeiden/ soll man solchen Leuten/ die dergleichen Ordnungen sonderlich mutwillig und gewarnter Dinge überfahren/ mit den Straffen hart genug seyn/ damit es andern zur Witzigung und nicht zur Nachfolge dienen möge. Gestalt dañ der gedachte Barbirer um 60 Reichs-Thaler ins Büxlein blasen müssen/ und in diese Suña/ nur zur Handhab der Ehe-Ordnung/ condemniret worden/ da ihme doch wol keine grössere Straff dictiret werden können/ wenn er contra tabulas Decalogi nach seiner Mas gegesündiget/ so wissen auch verständige Regenten/ wañ die Verbrechungen zu weit einreissen wollen/ daß alsdann/ zu Erhaltung guter Policey/ contra ita confidenter Delinquentes die Straffen zu erhöhen und zu schärffen/ derowegen aber gegen andere/ qui ex aliqua causa merentur, die Mildigkeit und die ἐπιείκεια nicht zu vergessen sey. *l. aut facta 16. in f. ff. de pœnis.*

Drittens ist in alleweg sich zu befleissigen/ ne malis exemplis aperiatur janua, wenn man aber einen ehrlichen Mann/ von dem man sonsten nichts ungleiches gehöret/ um eines schlechten Fehltritts willen/ indem er sich zu weit gegen einer nahen Verwandtin verwortet/ der weder contra primam noch secundam tabulam Decalogi, wo die copula

carnalis nicht darzwüschen kommen / oder gar wider das Göttl. Recht nicht gehet / in einer engen Sach sein Gewissen sperren / den Weg zur Desperation bahnen / und zu seinen zeitlichen auch den ewigen Untergang befördern / und nicht viel mehr nach gnugsamer Bestraffung einen solchen ufhelffen will; weiß ich nicht / ob das malis & perniciosissimis exemplis nicht Thür und Thor angelweit ufgethan heisse? Ecclesia autem nulli debet laqueum injicere. *Caus. 27. q. 1. de Viduis. 2.* Moyses in offt allegirten loco verbeut zwar die matrimonia in prohibitis Gradibus, sed contracta non dissolvit. Dann am 18 Cap. Levit. verbeut er / es soll keiner seines Bruders Weib und dergleichen nehmen / hat aber darum dergleichen Ehen nicht rescindirt oder ufgehebt / sondern die Straff setzet er hinzu / portabunt ambo iniquitatem eorum & sine liberis morientur, welches nicht seyn könte / wann sie nicht bey einander gelassen würden / teste Joach. Beust. *c. 52. p. 2. de nupt. p. 211.* nemo negat, ait, quòd initio talia & similia matrimonia pro nullis & irritis declarari debeant, sed alia quæstio est, quando ex post facto tunc cùm matrimonium per copulam est consummatum, quid tunc pronunciandum sit, ut pavidis conscientiis consuli possit, quod sanè melius fieri non potest, quàm si matrimonium non dissolvatur. Dergleichen statuiret Lutherus selber / im Buch von Ehe-Sachen / wie es à Corn. Porta in Pastorali Lutheri fol. 242. allegiret wird / seine Worte sind diese: Ob zwar das andere Glied respectu consanguinitatis in weltl. Rechten verboten / so soll man dannoch solche Ehe bleiben lassen / und nicht scheiden / dann ob wol eine Ehe ist mit Ungehorsam des weltlichen Rechtens angefangen / weil sie aber nicht vollbracht ist / soll es aus Gnaden / um grössers Unrahts willen zu verhüten / eine Ehe bleiben.

So viel aber schließlichen der Theologorum noch weitere Rationes anlanget / so gebraucht sich sonderlich Gerhardus l. d. l. dieser Argumentation: Gleichwie in der cognatione oder consanguinitate gradus secundus lineæ inæqualis zum höchsten verboten / jure divino, also ist auch in affinitate dergleichen zu halten / quia eadem est prohibitio in affinitate, quæ est in agnatione. Hierauf respondiret Petr. Wesemb. d. l. daß selbige regula in linea recta perpendiculari inter ascendentes & descendentes statt habe / nicht aber in collaterali, dann ratione affinitatis ja viel weniger Gradus verboten seyn / als ratione consanguinitatis, & sic in linea ea, multò angustioribus finibus concluditur affinitas, quàm consanguinitas, wie die Exempla in beeden Mosaischen

Orten

Orten ausweisen. D. Burckhard in gedachten Consiliis ist gleicher Meynung / indem er setzet/ daß der Schwägerschafft halben das Ehe-Verbot nicht so weit/ als in der Bluts-Freundschafft/ verbotten wird/ und lauffet bisweilen ein Misverstand mit unter/daß obschon die Ehe mit Bruders und Schwester Tochter verboten/so sind doch solche Personen/ Bluts-Freunde mit einander/ hingegen aber ist das in gegenwärtigem Fall eine blosse Schwägerschafft; und daß diese responsio nicht aus den Fingern gesogen/ so wird die Glossa Can. *ad c. 13. de restit. spol.* allegirt/ die saget expreßè: in Levitico prohibetur gradus secundus in descendentibus, non verò in collateralibus, unde in secundo gradu & tali casu Ecclesia dispensare potest; *per text. in C. gaudere* ✠ *de divortiis.* Si pagani C. quinam illi sint, videatur Gothofredus & Stephani *ad tit. C. de pagan.* contraxerunt in secundo gradu affinitatis, post fidem receptam debent insimul remanere. So kan ich nicht verstehen/ warum dieser Fall ein incestus heissen solle: wann das Wörtlein incestus, wie wir reden/ verstanden wird. Incestus enim definitur, ubi ex gradu ascendentium & descendentium in consanguinitate quis uxorem duxerit, ut inquit JCtus *in l. fin. ff. de R. N.* zudem ist noch in quæstione, ob dieser Gradus in jure divino verboten/ wie oben eingeführet. Drittens setzet der Balduinus *d. cas. consc. l. 4. c. 13. cas. 9.* exempla ex Levitico hinzu: Patrui uxorem, sororis defunctæ uxorem, allda expreßè die Ehe verboten: aber dieser Fall ist noch eines Grads weiter/ und kan durchaus/ nisi extensivè & odiosè, quum tamen odiosa sint restringenda & arctanda, uf diesen nicht gezogen werden.

Dieser error kommet daher/ daß die Theologi die loca Mosaica über einen Kam̃ scheeren/ und alles/ was darin̄ verboten/ als veros proprios incestus ausschreyen. Dem kan aber gar nicht also seyn/ den̄ es sind unter den 16. verbotenen Personen ja unterschiedliche und deren mehr/ da incestus recht begangen wird/ welches dann propriè incestus juris gentium heisset: Als du sollt deines Vatters Weib/ als deiner Mutter Scham nicht berühren/deiner Tochter/und Tochter Tochter ꝛc. folget aber nicht/ daß bey des Vatters Bruders Weib und andern auch ein solcher incestus seye/ nisi impropriè & ex sensu legis positivæ: dann pro secundò weiß man/ daß zu einem vero incestu pœna ignis statuiret/ wo hat aber eins je gelesen/ oder gehöret/ daß um Heurahtung eines verstorbenen Weibes Bruders Tochter willen einer zum Feuer seye verdamt worden/ ich möchte ein Exempel wissen. Es ist bekant/ daß in

affinitatis primum gradum Stiefvatter sich versündiget/ wann er bey seiner Stieftochter gelegen/ man hat nie keinen zum Feuer verdamt/ sondern es seynd præjudicia hier; daß der alte Weinschreyer zum Staupbesen/ und noch nicht lang der Stemler zu Heilselwinden nur zu sechzig Reichs-Thalern condemnirt worden: Wann es nun ein rechter und solcher incestus seyn sollen/ (wie dann dieser Fall ja eher dafür gehalten werden muß/ als jener/ da in secundo gradu affinitatis peccirет wird/ so hätte damahls die fromme Justitia geschlaffen; Interpretatione, extensione, ampliatione, traditione hominum & lege civili ists ein incestus, aber gar nicht propriè, juridicè & definitione verâ. Sollten also die Theologi die Sünden nicht weiter ausdehnen/ als GOTT der HERR haben wollen/ und ist leider vorhin nur der Sünden Register in decalogo so starck/ dessen kein Mensch befreyet/ oder desselben sich verwehren kan.

Dieses habe ich zu etwas mehrers Ausführung/ warum und aus was Ursachen bey Christoph Müllern dispensirt worden/ nohtwendig anhero bringen wollen/ daraus gleichwol zu befinden seyn wird/ daß der gar nicht præcipitanter gangen/ der sich anderer grossen Lehrer vor uns bedient gemacht/ und eine solche Dispensation in casu uni lateris sororis filiæ, in casu rei non integræ, dictata insuper pœna propter violationem ordinationis ad salvandam peccantium conscientiam, schliessen helffen/ dabey man sich noch wol finden lassen will: Ob aber dergl. Dispensationes zu repetiren/ sage ich ja; dann wann ein Magistratus rechtschaffene erhebliche und wol fundirte Ursachen hat/ eine dispensation vorgehen zu lassen/ wer wirds ihr wehren/ sie thue es im Jahr zwey-drey- oder keinmahl/ quod enim justè facere possum, semper facere possum.

Uf gegenwärtigen doch gleichmäßigen Fall M. N. will ich mit Fleiß nicht geantwortet haben/ sondern stelle zu E. E. Rahts vernünfftigen Gutachten/ was hierin zu thun seyn werde/ mir vergnügt/ daß die vorgangene Dispensationen mit sattem Grund der Rechts-Gelehrten salviret werden können/ und daß man keine præcipitanz, quæ dicitur aliàs justitiæ noverca, sich beschuldigen lassen dörffe.

Quod utique ex juribus, eorumque Dd. latiùs enucleandum duxi, salvo aliorum calculo limatiore. Datum IX. Jun. A. 1642.

XXXI.

XXXI.

Separatio Conjugum quoad mensam & thorum.

DEmnach ihr uns die in strittiger Ehe-Sach zwischen Conrad Eberts / als Kläger an einem / und seinem Eheweib Barbara / Beklagtin anders Theils vorgangene Acta zugeschicket / und darüber unser Rechtliches Gutachten begehret; als haben wir solche collegialiter verlesen / und sprechen / nach fleißiger Erwegung / für recht / daß zwar kein Theil seine intention de sævitia, insidiis vitæ structis, malitiosa desertione &c. zur Gnüge / und wie sichs zu recht gebühret / erwiesen / sondern aus den Actis so viel befindlich / daß sie beeder Seits zu diesem ärgerlichen Zwiespalt nicht geringe Ursach gegeben / über dieses den ergangenen Urtheilen und Rahts-Bescheiden zu pariren / ihnen niemahls kein rechter Ernst gewesen; dannenhero nochmahls dazu angehalten / oder mit angedrohter Straff (vermög der Policey-Ordnung) billig belegt werden sollten: Allein / weil sie gleichwol bereit so eine geraume Zeit von einander / und durch diese langwührige Rechtsfertigung die Gemüter dermassen verbittert / daß keine beständige Versöhnung mehr zu hoffen / sondern vielmehr ex coacta cohabitatione allerhand Gefahr und Ungelegenheit zu besorgen; als könten sie mit angerührter Straff verschonet / und nunmehro / ferners Unheil zu verhüten / quoad mensam & thorum separiret und geschieden werden: jedoch daß Conr. Ebert propter adhuc durans conjugale vinculum seines Weibes Güter einen weg als den andern administriren / und ufs beste nutzen und gebrauchen möge; hingegen ihr loco alimentorum pro ratione personarum & qualitate bonorum, nach Richterlicher Mäßigung etwas jährlich zu reichen schuldig seyn solle. A. V. R. W.

XXXII.

XXXII.

Casus & Quæstio: Ob einer/ der eine Geschwängerte (doch unwissend) geheurahtet/ schuldig seye/ solche zu behalten.

Uf zugeschickten Casum und daraus formirte zwey Quæstiones solle mit wenigem nicht bergen/ daß bey der ersten Frag die Interpretes nicht einig/ sondern etliche wollen/ daß der/ so eine Geschwängerte (obwol unwissend) zur Ehe nimet/ sich von derselben nicht scheiden/ sondern von Rechts wegen behalten müsse/ per rationes adductas à Wesemb. *in pr. ff. de ritu nupt. n. 8.*

Everh. Bromb. *cent. 3.* ευαν]. *ass. 3.*

Und dieser Meynung wird in Jure Canonico ausdrücklich probirt/

Can. Quod a. caus. 29. q. 3. & c. quemadmodum 25. ✕ de jurejur.

und weil sie auch consuetudine multis seculis confirmatâ, teste Wesembec. *d. l.* billig in judicando zu folgen/ wie vermahnet

Conrad. Manser. *ad tit. Instit. de nupt. p. m. 366.*

Andere aber halten dafür/ daß uf diesen Fall dergleichen unzüchtige Dirne/ wofern der Ehemann uf gütlich Zusprechen ihr nicht verzeihen will/ er wol von sich lassen und scheiden möge.

Joach. à Beust. *de matrim. c. 34.*

Schneid. *ad tit. Inst. de nupt. p. 4. n. 61.*

Cypræus *de sponsal. c. 13. §. 40. & 41.*

Welcher Opinion dann nicht allein unsern weltlichen Rechten gemäß/ in denen ausdrücklich versehen/ quod si quis mulierem pro virgine emerit, & sciens errare cum venditor passus sit, actio ex emto ad resolvendam ipsi emtionem competit.

l. ex emto. 11. §. si quis 5. ff. de act. emt.

Ergò multò magis in matrimonio hoc valere debet, quod omnis tàm divini, quàm humani juris communicationem continet, *l. 1. ff. de ritu nupt.* sondern auch der H. Schrifft nicht zuwider/ sintemal Deut. 22. v. 21. & seq. dergleichen Laster dem Ehebruch gleich gehalten und gestraffet wird/ daraus leicht zu schliessen/ daß wie der Ehebruch/ also auch diese Hurerey und Betrug zur Ehe-Scheidung gnugsam seye. Diese

Meynung

Meynung nun hat auch B. Luthero & Philippo Melanchthoni gefallen/ wie sowol Wesembec. selbst/ als Beustius und andere bezeugen / wird derowegen billiger bey uns/ als die erste/ in acht genommen; Und soll uns davon weder das Jus Canonicum, noch die allegirte Consuetudo hindern. Dann das Jus Canonicum wird bey den Protestirenden nicht anderst observiret/ als so ferne es der heiligen Schrifft und Ehrbarkeit nicht zuwider/ so ist auch das für keine legitima consuetudo zu halten/ so oben angeregter massen rationi & honestati entgegen lauffet. *Cap. fin. X de Consuet.*

Die andere Frag betreffende/ ist eine gemeine Gewohnheit/ quod stuprator stupratam aut ducere, aut dotare cogatur,

Jul. Clar. *lib. 5. sent. §. stuprum. n. 3.*

Weil dann dißfalls die Ehe schwerlich zu hoffen / ist Titius gäntzlich schuldig/ sich mit der Anna der Schwängerung halben zu vergleichen/ wie auch nicht weniger den partum zu alimentiren/

arg. l. si quis à liberis. 5. §. 1. & §. ergò & matrem 4. ff. de agnosc. & alend. liber.

maximè ex æquitate Canonica, quâ etiam adulterinos & incestuosos pro modo facultatum alendos à patre volunt Dd. magis communiter

per C. cum haberet X. de eo, qui duxit in matrim. qua poll.
Bart. *de aliment. num. 17.*
Joh. Bapt. Pontan. *c. 2. num. 8.*
Mart. Coler. *de aliment. num. 3.* & ferè in terminis nostris
Beust. *d. c. 34. pag. mihi 145.*

Plura tempore exclusus addere supersedeo, quæ etiam in re satis expedita necessaria non videntur. Vale!

XXXIII.

Casus eines beschuldigten/ aber unerwiesenen Ehe-Bruchs.

Der Casus oder Facti Species, worüber unser Rechtl. Gutachten begehret wird/ verhält sich kürtzlich also;

DEmnach uff eingelangte Denunciation des Durchläuchtigsten Fürsten und Herrn/ Herrn N. N. von E. E. Raht zu N. Frau Anna/ weil. Ernst N. nachgelassene Wittib/ in Verhafft genommen/ und darauf der Inquisitions-Proceß, wegen bezüchtigten Ehebruchs und Hurerey/ wider sie angestellet worden/ hat man zwar unterschiedene Kundschafft von andern Orten eingezogen/ aber durch dieselbe die Beschuldigung des Ehebruchs nicht (wie sichs zurecht gebühret) erwiesen/ jedoch auch die wider sie in den Actis angeführte indicia von ihr nicht gnugsam abgelehnet und zuruck getrieben werden können. Dannenhero sie von uns weder condemniret/ noch die Tortur propter defectum sufficientium indiciorum, sondern nur das juramentum purgationis, Laut Beylag Lit. A. ihr zuerkant worden/ welches sie dann coram Commissariis solenniter abgestattet. Fraget sich demnach

1. Ob nicht diese Frau durch eine vollständige Definitio plenissimè zu absolviren/ die von ihr spargirte gefährliche schimpfliche Assertiones und Auflagen/ als gantz unerwiesen/ zu cassiren seyn?
2. Ob jeztgemeldte Frau von dem arrestirenden Magistratu mit angerechneten Kosten zu belegen/ oder nicht vielmehr deroselben die erforderten und verursachten Gerichts-Proceß-Kosten und Schäden und geforderten Contributions-Gelder abgestattet und refundirt werden sollen?

Hierauf nun unser begehrtes Gutachten mit wenigen zu eröfnen; So ist bey der ersten Frag ausser Zweifel/ daß die Fr. nach wirklich geleisteten Juramento purgationis nunmehr/ ohngeacht der wider sie einkomenen præsumtionen/ definitivè absolviret werden müsse.

Mynſ. *cent. 2. obſ. 87.*
Geil. *2. de pac. publ. c. 7. n. 12.*
Petr. Heig. *p. 1. q. 40. n. 38.*

Per hoc enim juramentum reus conscientiam suam purgat, & suspiciones, quæ contra eum erant, elidit.

ut post Angel. Conſ. 172. docet Joach. à Beust. *ad rubr. ff. de jurejur. p. 59. n. 197. & ad l. admonendi, 31. eod. t. p. 399. n. 145.*

Adde

Adde Bened. Carpz. *in jure forens. p. 1. Const. 22. defens. 17. n. 2. & in Pract. crim. p. 3. q. 116. n. 77. & 78.* ubi Lipsiæ in Scabinatu ita judicatum refert.

Allein/ ob diese Sententia so weit zu extendiren/ oder auch ausdrüklich dahin einzurichten/ daß alle gefährliche und schimpfliche Uflagen und Beschuldigungen/ etiam respectu aliorum, gänzlich calliret und ufgehoben seyn sollen/ stehen wir darum nicht unbillig an.

1. Weil Jobst N. und andere/ deren in Actis Meldung geschiehet/ in dieser Sachen nicht gehöret/ also tanquam non auditi nicht condemnirt werden mögen/

arg. l. 3. §. pen. ff. de jurejur. l. si fundus. 16. §. si pluris 6. ff. de pign.

Anton. Fab. *in Cod. lib. 2. tit. 12. def. 9. n. 8.*

2. Dieweil dieses res inter alios acta & judicata, quæ aliis nocere non debet.

leg. 1. & seqq. C. quibus res judic. non nocet.

Carpz. *d. p. 1. Const. 26. def. 15.*

Non obstante eo, quod acta unius judicii fidem faciant etiam in alio Dd. *in l. un. C. quando Civil. act. crimin. præjudic.* quoniam hoc inter easdem tantum personas obtinet, ut rectè notat Carpzov. *d. p. 1. C. 16. def. 22.*

3. Quod licet reus definitivè absolutus sit, nihilominus novis supervenientibus probationibus ab alio accusari possit,

arg. d. l. admonendi. 31. ff. de jureiur.

Mynsi. *cent. 2. obs. 82.*

Heig. *d. q. 40. num. 40.*

Anton. Fab. *in Cod. lib. 4. t. 1. def. 5.*

Carpzov. *d. p. 1. Constit. 22. defin. ultima.*

Dann obwol post Lanfranc. Joach. à Beust. *ad d. l. 31. de jurejur. p. 399. num. 17.* dafür hält/ quod juramentum purgationis per novas probationes supervenientes non retractetur; so wird doch die widrige Meynung billig vorgezogen/ quoniam juramentum hoc à judice ex officio, non ex voluntate partium defertur, cujusmodi juramenta propter novas probationes retractari posse, constat *ex d. l. 31. ff. de jurejur.* ne ob id minùs puniatur quis, quod cum perjurio junctus esse cœperit,

 ut lo-

ut loquitur Anton. Faber *dict. def. 5. in f.* und irret nicht / quod *in C. de his 6. ⊠ de accus. & l. si cui. 5. §. iisdem. 2. ff. eod. t.* dicitur: denuò accusari non posse: cùm hoc de eo casu accipiendum sit, quo quis propterea liberatus sit, quod crimen non commiserit, non quando tantum ob defectum probationum absolutus fuit, ut post Dd. commun. tradit Jul. Clarus *libr. 5. Sent. §. fin. q. 57. n. 2.* quippè ficta hæc per juramentum purgationis probatio hoc tantum operatur. Daß nach geleisteten Eid der Reus der gefänglichen Verhafft uf einen gewöhnlichen Urfehd entlediget werden muß / mag aber nicht verhindern / daß er ex novis probationibus nicht wieder angefochten / oder verklaget werden könte / per ea, quæ superius dicta sunt.

Angelangend die zweyte Frage / hat es anfangs das Ansehen / als wann die Frau Anna N. von denen in diesem Inquisitions-Proceß ufgewendeten Unkosten mit Recht nicht befreyet werden könte. 1. Quoniam in Criminalibus victus victori in expensas non condemnatur, ut post alios à se allegatos tradit Mynſ. *Dec. 6. Cons. 59.* Fachin. 1. *Contr. 42.* Non obstante vulgatâ regulâ, quod victus victori in expensas condemnandus sit. *juxta l. properandum 13. §. sive autem 6. C. de judic. ibique Gloss. & Dd. comm.* utpote quam ad Causas civiles à Mynſ. allegati Dd. restringere conantur. 2. Quod etiamsi regula ista in criminalibus recipiatur, tamen limitanda sit, nisi accusator vel inquirens justam litigandi vel inquirendi causam habuerit.

Bart. *in l. 1. col. pen. in f. vers. juxta hoc quæro. ff. ad SCt. Turpell. Aym.*

Cravett. *Cons. 178. & alii allegati ab Ant. Gabriel 2. commun. concl. tit. de expens. conc. 1.*

Quemadmodum hoc Casu tàm Illustrissimum Principem denunciantem, quàm Magistratum inquirentem justissimam habuisse causam negari vix potest.

3. Quia Inquisitio hæc ex officii necessitate facta est, quippè quilibet Magistratus in delinquentes inquirere eosque punire tenetur.

arg. l. ita vulneratus 51. ff. ad l.

Aquil. *l. locatio. 9. §. quod illicitè 5. ff. de publ. & vectigal.*

Carpz. *in Pract. crim. part 3. q. 110. n. 37. & seqq. aliquot.*

Quando verò ex necessitate officii quis denunciat, vel inquirit,

propter

propter cessantem calumniæ præsumtionem in expensas damnari non solet.

Jason. *in d. l. properandum. §. 6. C. de judic. n. 22.*

Clar. *5. Sent. §. fin. q. 7. n. fin. & q. 62. n. 6. in f.*

4. Quoniam etiam in victore culpa refusione expensarum coërceri debet.

arg. l. 4. C. de fruct. & lit. & l. expens. eum, quem 79. ff. de jud.

Carpzov. *in Jurispr. Consistor. p. 3. def. 38.*

Hoc autem Casu ream ab omni culpa immunem haud fuisse, Acta satis testantur.

Allein / dessen allen ungeacht / seynd wir der gänzlichen Meynung / daß in diesem unserm Fall die Frau N. nicht allein in causa principali, sondern auch in puncto expensarum, zu absolviren seye. 1. Dieweil die Regula, victum victori in expensas condemnandum esse, auch in causis criminalibus statt finde /

per d. l. 13. pr. & §. 6. C. de judic. l. qui crimen 3. C. de his, qui accusare non possunt.

Idque non tantum si per accusationem procedatur, (de quo Casu allegati textus in delineatione Casus loquuntur) sed etiam si per denunciationem, vel inquisitionem per Gloss. *in c. delicti. 6. ✕ de dolo & contumacia.* ibique Baldus.

Jason. *ad d. l. 13. §. 6. n. 21. & 22. C. de judic.*

Geil. *obs. 52. num. 1.*

2. Weil die angeführte præsumtiones und indicia durch das Juramentum purgationis enervirt und ufgehoben / also die culpa, ex qua denunciatio & inquisitio fluxit, cassiret worden /

arg. eorum, quæ supra à Joach. à Beust. & aliis dicta sunt.

3. Quoniam aliàs quoque in Criminalibus absolutus immunis ab expensis existit, ut post alios tradit Petr. Heig. *d. q. 40. n. 38.* Inprimis hoc nostro Casu, quo de criminibus, quæ in alieno territorio commissa dicuntur, nulla vel denunciandi vel inquirendi sufficiens causa, vel officii necessitas fuisse videtur. Cum Magistratus munere suo fungens, idipsum suo sumptu & expensis facere teneatur, nec expensarum repetitionem habeat,

arg. l. suo victu 18. ff. de oper. libert. Constit. Crim. art. 204.

Ferd. Vasq. *illustr. controvers. 7. num. 1.*

Joh. Gars. *de expensis c. 21. num. 20.*

Atque ita Lipsiæ judicatum & ream post juramentum præstitum, etiam ab expensis absolutam fuisse, testatur

Carpzov. *in Jurispr. forens. d. p. 1. Const. 22. def. 17. & in Pract. Crimin. p. 1. q. 116. n. 79.*

Adde Petr. Heig. *d. q. 40. n. 38.*

Welches doch allein von denen Unkosten/ so uf den Inquisitions-Proceß gangen/ zu verstehen; dann diejenigen/ so uf der Frauen defension und deren justification gewendet/ ist sie selbst zu tragen schuldig.

per text. in d. Constit. Crimin. art. 47. & art. 154.

Carpzov. *p. 4. Constit. 12. Defin. 4.*

Was aber von den geforderten Contributions-Geldern gemeldet wird/ ist uns ganz unbekant/ und haben derentwegen unser Gutachten darüber nicht ertheilen können ꝛc.

XXXIV.

Casus commissi adulterii.

Demnach dieselben uns ohnlängsten zu verstehen geben/ welcher gestalt sie ihrer Bürger einen/ (so mit A. benennet ist) wegen Verdachts begangenen Ehebruchs/ zu gefänglicher Verhafft nehmen und samt andern verdächtigen Personen examiniren lassen; auch dero Aussage und Bekentnuß zugeschickt/ und darüber unser Consilium und Rechtliches Bedencken begehret; Als haben wir solches alles collegialiter durchlesen/ und nach fleißiger Erwegung so viel befunden/ daß die ganze Sache auf diesen zweyen Fragen beruhe:

1. Ob A. Ehebruch begangen/ oder was er eigentlich sonsten für eine Leichtfertigkeit getrieben?
2. Mit was Straff er uf sein Bekentniß zu belegen seyn möchte?

Belangend nun die erste Frag / hat es anfangs das Ansehen / als könte die von A. verübte Leichtfertigkeit mit Bestand Rechtens kein Ehebruch genennet werden. Nam 1. Adulterium in nupta, stuprum verò tantùm in virgine vel viduâ committitur.

l. inter liberos. 6 §. 1. l. stuprum 34. §. 1. ff. ad l. Jul. de adult. l. inter stuprum. 101. ff. de V. S.

Ratio est, qnoniam adulterium est alieni tori violatio, & quasi accessio ad alterius torum. *d. l. 6. §. 1.* quod in soluta non contingere expeditum est.

Salicet. *in l. 1. d. t. ad l. Jul. de adult.*

Consequenter nec si maritus cum soluta rem habeat, de adulterio accusari & condemnari potest.

Paul. de Castr. *Conf. 277.*

Decius *Conf. 311 col. 2.*

Guid. Pap. *Conf. 153. col. 2.*

Ægyd. Boss. *tract. crim. t. de coitu damnat. n. 23.*

Roland. à Valle *vol. 1. Conf. 74. n. 12.*

ubi indubitatam hanc Dd. sententiam esse, notat Petr. Heig. *part. 2. q. 29. num. 19.*

Wann dann iztbesagter A. nicht mit jemands Eheweib / sondern nur mit ledigen Stands-Personen zu thun gehabt / als wird er auch keines wegs als ein Ehebrecher beklaget oder gestrafft werden können. Und ob zwar erstlich die E. Lederers Ehewirthin bekennet / sie von A. dahin beredet und vermocht worden / daß sie zweymahl stehend seines Willens gewesen / wie aus der Beylage sub Num 2. mit mehrern zu sehen: so hat sie es doch hernach in der Confrontation wiederum geläugnet / und A. auch ohngeachtet / ihm hart zugesprochen / und mit der Tortur gedrohet worden / weiter nichts gestehen wollen / als daß er zwar unterschiedlich ihr Leichtfertigkeit zugemutet / aber niemahls wircklich darzu gelangen können; uf welcher Aussage dann sie beede verblieben / Laut der Beylagen Num. 2. & 3. Conatus autem adulterii, adulterium non est, nec tanquam adulterium puniri debet. *l. 1. ff. de extraord. Crim.* ubi Gloss. & Dd. Jul. Clar. *lib. 5. sent. § fin. q. 92.* Tiraquel. *tract. d. pœn. temp. caus. 37.* Zanger. *de quæst. seu tort. c. 2. num. 79. & 80.*

Fürs andere so gestehet A. auch mit den übrigen Weibs-Personen ein mehrers nicht/ als daß er ihnen zwar Ungebühr zugemutet/ und sie zu beschlaffen sich unterstanden; aber mit keiner recht verbracht/ in den Beylagen Num. 2. & 3. Dannenhero diese verübte Leichtfertigkeit auch für kein Stuprum zu halten seyn würde; sintemal ein anders ist/ Leichtfertigkeit zumuten/ ein anders aber/ im Werck verbringen.

arg. d. l. 1. ff. de extraord. crim.

Zang. *d. c. 2. num. 80.*

Drittens ist auch dieses nicht aus der Acht zu lassen / daß er in der lezten Verhör/ sowol in der Raht-Stuben/ als loco torturæ, vorgeben und beharret/ er sey eine geraume Zeit/ und fast so lang als er in der Ehe/ impotens gewesen/ und deßwegen (wiewol er sichs unterschiedlich unterstanden) mit keinem Weibsbild wircklich etwas verrichten können. Impotens enim, sive naturâ, sive arte Magicâ talis sit, adulterium vel stuprum committere non potest.

arg. l. si minor. 36. ff. ad L. Jul. de adult. c. 1. & c. laudabilem. 5. X. de frigid. & malef.

adeò, ut si reperiatur solus cum sola, nudus cum nuda, adulterium commisisse non intelligatur.

Mascard. *de probat. vol. 1. concl. 59. n. 5.*

Cravett. *tom. 2. Cons. 321. n. 3. in fin.*

Ernest. Cothm. *vol. 3. consil. 48. n. 30.*

neque confessio ipsi quicquam præjudicet, sed tanquam de eo, quod contra naturam est, facta ipso jure irrita sit.

l. confess. 13. in f. pr. & l. seq. de interrog. in jur. fact.

Mascard. *d. vol. 1. concl. 64. in f.*

Allein/ dessen ungeacht/ seyn wir der gänzlichen Meynung / daß offtgemeldter A. nicht nur ein simplex stuprum, sondern einen Ehebruch begangen. Dann ob zwar das Jus Civile Roman. einen Unterschied machet zwischen ehelichen und ledigen Weibs-Personen/ wie oben erwehnet worden; so wird doch derselbe Jure Divino & Can. nicht attendiret/ sondern alle fleischliche Vermischung von Eheleuten/ auch mit ledigen Stands-Personen geschehen/ für einen Ehebruch gehalten.

per text. Matth. 19. v. 9. Marc. 10. v. 11.

ubi is, qui uxorem ex alia quàm adulterii causa dimittit, & alteram

ducit,

ducit, adulterium committere dicitur: Ergò multò magis verum erit in eo, qui uxorem retinet, & alteri licet solutæ mulieri consuescit.

Can nemo. 32. q. 4. non mœchaberis, d. causa. 32. q. 5. cum simil.
Jul. Clar. *lib. 5. Sent. §. adulterium. n. 2.*

Canonistæ enim & Theologi ita definiunt adulterium, ut quemcunque etiam mariti coitum cum alia fœmina, quàm sua uxore comprehendant, & adulterium esse pronuncient.

Basil. Monner, *tr. matrim. c. 5.*
Joach. à Beust. *tr. de Sponsal. & matrim. p. 2. c. 17.*
Gœdd. *ad l. 101. n. fin. ff. de V. S.*
Bocer. 1. *de adult. c. 1. num. 18. & seqq.*
Menoch. *Cons. 249. num. 9. & 10.*
Marp. *vol. 3. cons. 28. num. 177.*

Aus diesen nun ist leichtlich abzunehmen/ daß das erste Fundament/ so oben in contrarium angezogen/ uns wenig hindern möge/ alldieweil izt angeregter massen Jure Divino & Canonico ein anders constituirt. Quam sententiam & consuetudines plerorumque locorum & Statuta sequi testatur Gœdd. *d. n. fin.* Das andere aber betreffend/ befindet sich in der Beylag ganz das Widerspiel/ daß nemlich A. nicht allein die Ungebühr und Leichtfertigkeit unterschiedlichen Weibs-Personen zugemutet/ sondern auch im Werck getrieben/ und zum wenigsten mit einer darunter/ der D. sich fleischlich vermischet; wie er dann selbst in der lezten Verhör solches nicht allerdings in Abred seyn können. Dannenhero die von ihm getriebene Leichtfertigkeit nicht pro simplici conatu & nixu copulæ, sondern pro consummato adulterio zu halten.

Bey den dritten ist die prætendirte impotentia keines wegs zu vermuten/ sintemal weder er anfangs noch auch die Weibs-Personen derselben einige Meldung gethan/ sondern allesamt simpliciter bekennet/ daß sie Unzucht mit einander getrieben haben: Und da gleich die impotentia reverà sich bey ihm befinden und genugsam zu erweisen seyn sollte/ so könte sie ihn doch von dem Ehebruch nicht allerdings entschuldigen: Quoniam & ex frigidis quidam per carnalem copulam una fieri caro (quod de se fassus est reus noster) cum fœmina possunt, licet

proliferi seminis nihil habeat: & satis est, ad convincendum aliquem de adulterio, si in ipsa turpitudine & rebus Venereis deprehensus fuerit.

l. quod ait. 23. ff. ad l. Jul. de adult.

Bocer. *in tr. de quæst. & tort. c. 3. n. 104.*

Die andere Frag scheinet/ aus Erläuterung der ersten/ leicht zu decidiren seyn. Dann obwol der Ehebruch/ sowol bey andern Völckern/ als den Römern/ mit mancherley Straffe beleget worden/ wie zu sehen bey den Tiraq. *l. connub. 13. n. 6. & seqq.* Jod. Damhoud. *in prax. crim. c. 89. num. 53. & seqq.* auch heut zu Tag an vielen Orten dieselbe in eine Geld-Straffe verwandelt/ inmassen bezeuget und zugleich beklaget Jul. Clar. *d. lib. 5. Sent. §. adulter. n. 8. in f.* so ist es doch endlich Jure nostro civili bey der pœnâ mortis & ultimi supplicii verblieben. §. Item. *Lex Jul. 4. Instit. de publ. Judic. l. castitati 9. & l. quamvis. 30. C. ad l. Jul. de adult.* mit welchem übereinstimmet das Göttliche Gesetz Lev. 20. v. 10. & Devt. 22. v. 22. und die peinliche Hals-Gerichts Ordnung Caroli V. Art. 120. wie auch Jus Saxon. noviss. const. 19. part. 4. da ausdrücklich in his ipsis terminis, quando maritus cum solutâ rem habet, die Leibs- und Lebens-Straff dem Ehemann decerniret wird.

Beust. *d. tract. p. 2. c. 18. & 19.*

Heig. *d. p. 2. q. 28. n. 56.*

Matth. Col. *dec. Germ. p. 1. decis. 106. n. 20.*

Joh. Coppen. 2. *obs. pract. obs. 125. n. 4. in f.*

Welche Straff dann in gegenwärtigem Fall um so viel desto mehr statt haben solte/ dieweil neben den Ehebruch noch etl. andere grobe Laster und Verbrechen sich ereignen; indeme A. nicht allein der E. Ehebruch zugemutet/ und dieselbe fast mit Gewalt zu seinen Willen zu bringen sich unterstanden; in den Beylagen Num. 2. & 3. sondern auch seine Pfleg-Tochter D. corrumpiret/ Num. 1. die er doch von dergleichen Ungebühr als ein Pfleg-Vater billig hätte abmahnen und (so viel möglich) abhalten sollen. Illud factum extra ordinem. *l. 1. pr. ff. de extraord. crim.* hoc verò deportatione & confiscatione bonorum omnium puniri solet.

l. un. C. si quis eam, cujus tut. fuerit, corrup.

Damhoud. *d. tr. c. 92. n. 9.*

Jul. Clar. *d. l. 5. Sent. §. fornicatio. n. 23.*

Ex

Ex doctrina autem Bart. propter crimina, licet aliàs non capitalia, tamen ob consuetudinem delinquendi reus ultimo supplicio affici potest.

in l. un. n. 2. C. de superexaction. lib. 10.

Diesem allen aber sey wie ihm wolle/ so halten wir doch gänzl. dafür/ daß bey so bewandten Sachen und Umständen offt-bemeldter A. wegen seines Ehebruchs und anderer begangener Laster/ nicht am Leben/ sondern mit Staupenschlagen und Verweisung des Landes/ oder pro qualitate personæ, mit anderer willkührlicher- jedoch harter Straff angesehen werden solle.

Dann 1. ist ausser allem Zweifel/ quod jure civili ejusmodi commixtiones pœnâ capitali non puniantur. *d. §. 4. in fin. Instit. de publ. judic. juncta d. l. 6. §. 1. & l. 34. §. 1. ff. ad l. Jul. de adult.* cui, cum nusquam generali lege derogatum reperiatur, meritò standum est.

l. sancimus. 27. C. de test. l. præcipimus. 32. §. fin. Cod. de Appell.
Clar. *d. lib. 5. Sentent. §. adulterium. n. 2.*
Coler. *decis. 176. n. 1. & Dd. comm.*

Und ob zwar Jus Canonicum in deme à Jure civili abgewichen/ daß er dergleichen ungebührliche Vermischungen pro vero adulterio achtet; so kan doch solcher uf die Leib- und Lebens-Straff nicht wol extendirt werden: quoniam non omnia adulteria ita æque gravia sunt, ut ea demum quæ à marito cum alterius conjuge, (quod duplex adulterium Interpretes & Saxones Ober-Hurerey vocant) vel à soluto cum conjugata committuntur, capitali pœnâ puniuntur; docente Clar. dict. num 2.

Zu diesem kommen nun 2. die Umstände dieses begangenen Ehebruchs; indeme A. gleichwol keines weges gestehen will/ daß er auch mit der D. etwas wirckliches/ wie einem Mañ gebühret/ verrichtet hätte. Dannenhero die Suppositio adulterinæ sobolis in honestam familiam, darauf sich die pœna capitalis vornehmlich fundirt/ disfalls nicht zu besorgen seyn wird.

Fürs dritte bewegen uns ad benigniorem & clementiorem hanc sententiam, vulgares legum & Interpretum sententiæ, quæ in causis pœnalibus benignius responsum exposcunt. *l. factum cuique 155. §. fin. ff. d. R. I.*

ff. d. R. I. pœnas interpretatione molliri potiùs quàm exasperari jubent. *l. pen. ff. de pœn.* melius DEO rationem reddi propter misericordiam, quàm propter inclementiam docent. *Can. vera justitia 15. dist. 45.* denique tutiùs peccari in absolvendo, quàm condemnando contestantur.

Bald. *Conf. 400. num. 7. vol. 5.*

Hier. Gratus *resp. 43. n. 22. & post eos*

Cothm. *d. resp. 48. num. 36.*

Irret demnach ganz nichts/ was oben de pœna capit. ex Jure Civili eingeführet. Dieweil nicht alle adulteria gleich seyn/ und deßwegen auch auf einerley Weiß nicht abgestrafft werden können/ wie allererst ex Jul. Claro erinnert worden. So redet auch das jus divinum Levit. 20. & Devt. 22. allein von der Ungebühr/ so mit eines andern Weib begangen wird/ dahin dann die Constitutio criminalis, als welche ausdrücklich uf das jus civile und anteriorum Impp. Constitutiones sich referiret/ ebenmäßig füglich verstanden werden kan. Das Jus Saxonicum aber/ weil dieser Ehebruch in foro Saxonico nicht begangen/ wird diß Orts billig bey Seits gesezt/ ut in Casu non valdè dissimili pronunciat

Cothmann. *d. Conf. 48. n. 49.*

Was aber den Concursum aliorum criminum anlanget/ so ist zu wissen/ quòd doctrina Bart. *in d. l. un. C. de Superexactoribus l. 10.* in practica non recepta sit, neque in delictis non capitalibus propter reiterationem pœna mortis reo imponatur, sed vel tortura atrocius inferri, vel ad extraordinariè puniendum gravius arbitrari Magistratus soleat, ut testatur Jul. Clarus *d. lib. 5. Sent. §. fin. q. 48. n. 6.* dabey wir es dann auch billig bewenden lassen; es wäre dann Sach/ daß etwan zu Regensburg ein anders im üblichen Gebrauch wäre/ und alle Ehebrüche (auch mit ledigen Personen begangen) pœnâ mortis gestraffet würden; oder ja er A. entweder in der Güte/ oder Tortur (darzu dann sowol seiner Person als der E. halber gnugsame Indicia vorhanden/ per ea, quæ habet Zanger. *d. c. 2 n. 73. & seqq. aliquot*) bekennen sollte/ daß er auch mit der E. sich fleischlich vermischet; uf welche Fälle dann er/ vermög Rechtens/ mit dem Schwerd zu richten seyn würde ꝛc.

XXXV.

XXXV.
Casus in crimine adulterii.

DEmnach uns derselbe etliche Acta, zwischen Catharina/ Jobst P. zu Jodiz arrestirten Eheweib/ dann den flüchtigen Hanns W. zu Issar/ betreffend/ zugeschicket/ und unsere Rechtliche Belehrung darüber begehret; Als haben wir solche collegialiter verlesen/ und allen Umständen nach reiflich erwogen: Sprechen darauf für recht/ daß Jobst P. Weib/ ohnerachtet sie den begangenen Ehebruch gutwillig gestanden/ dannoch bey so gestalten Sachen/ da nicht allein der Mann ihr solch Verbrechen verziehen/ und hinfüro ehelich beyzuwohnen sich erkläret/ sondern auch Hanns W. annoch in Flüchten verharret/ also deß Ehebrechers Bekentnis nicht vorhanden/ mit der Leibes-Straffe/ so sie sonst verwircket/ nicht zu belegen/ sondern der Lanieckischen Gerichte ewig zu verweisen/ daraus ihr der Ehemann mit wesendlicher Wohnung zu folgen schuldig. Es wollte dann die Herrschafft/ in Ansehung/ daß sie von ihrem Manne schwangers Leibes/ und ohne dessen/ in Ermanglung des Ehebrechers Bekentnis/ das corpus delicti nicht richtig/ Gnade einwenden: uf welchen Fall sie mit zeitlicher Verweisung/ oder längerer Gefängnis in Straff genommen werden könte; Anlangend den Ehebrecher/ wird demselben mit allen Fleiß durch Steckbrieffe und sonsten nachgetrachtet/ damit er zur Hafft gebracht/ und sein Bekentnis auch in der Güte oder Schärffe erlanget werden möchte: da er dann/ nach gemeinen Keiserlichen Rechten/ mit dem Schwerd vom Leben zum Tod gestraffet: oder da ihme sein Eheweib gleichfalls verzeihen und für ihn bitten wollte/ der Gerichte ewig verwiesen würde/ daraus ihm sein Weib mit wesendlicher Wohnung zu folgen schuldig; die inventirte Güter aber (so sich gar auf ein geringes belauffen) werden/ so lang er in Flüchten verharret/ denen unschuldigen Weib und Kindern zum besten/ billig in guter Verwahrung gehalten/ nach seiner Wiederkunfft oder Erlangung/ entweder ihme/ oder seinen Erben/ gestalten Sachen nach/ zugestellet. A. V. R. W.

XXXVI.

Casus duplicati adulterii.

DEmnach uns derselbe schrifftlich berichtet / was massen unterschiedliche Delinquenten / so sich in Unzucht und respectivè Ehebruch vergriffen / in seinem Marck Dörzbach in Verhafft liegen / und neben Uberschickung derselben Aussagen und gehaltener Confrontationen / unser Rechtliches Gutachten / wegen Abstraffung derselben / begehret. Als haben wir solches alles collegialiter verlesen / und mit gehörigem Fleiß (wie sichs in dergleichen wichtigen Sachen gebühret) reiflich erwogen. Sprechen darauf (und zwar bey der ersten Frage) für recht / daß Valentin Flurer (der drey seiner Mägde / und darunter die eine / Barbara Hemplin / sowol in als auser der Ehe beschlaffen / auch die leztere / Emilia / Weil. Element Anhalts / gewesenen Marquetenters hinterlassene Tochter / geschwängert /) nach gemeinen Keiserl. Rechten / (wofern im Land zu Francken nicht anders herbracht) wegen des duplicati adulterii die Todtes-Straffe wol verdienet / man wollte dann wegen seines Weibes Vorbitt / und daß sie ihme (ohngeacht gebrochener Treu) noch ferners ehlich beyzuwohnen sich erkläret / Gnade einwenden / uf welchen Fall er / den heiligen Ehestand zu ehren / mit der Leib- und Lebens-Straff verschonet / aber doch über die sieben-wochendliche Verhafft noch 4. oder 5. Wochen im Gefängnis mit Wasser und Brod enthalten / dañ des Landes oder seiner Gerichte billig ewig verwiesen würde / daraus ihme sein Weib mit wesendlicher Wohnung zu folgen schuldig.

Fürs andere hätte Barbara Hemplin / so mit Valentin Flurern nicht allein lediger Weiß / sondern auch im Ehestand / Unzucht getrieben / und ihme ins Hauß nachgangen / also gleichfalls duplicatum adulterium begangen / die Todtes-Straff / oder zum wenigsten (weil die Rechts-Lehrer hieriñen uneins) den Staupenschlag und ewige Landes-Verweisung verschuldet.

Vid. Zierit. *ad constit. Carol. art.* 120.

& Carpz. *in Pract. crim. p.* 2. *q.* 53. *n.* 27.

Es wäre dañ / daß man in Ansehung des Flurers Weib / ihme verziehen / und für ihn gebetten / Gnade einwenden wolte / so genösse sie solcher Vorbitt so weit / daß ihr die Leib- und Lebens-Straff erlassen / sie würde aber

nichts

nichts desto weniger etliche Wochen in der Gefängnis mit Wasser und Brod gespeiset/ und dann/ nach ausgestandener solcher Straff/ des Landes ewig verwiesen.

Drittens/ weil ihr Mann nicht für sie bitten will/ hat sie sich auch ihres Heyraht-Guts verlustigt gemacht/ welches dem Ehemann/ als innocenti parti, billig verbleiben solle.

Carpzov. *d. p. 2. in pr. crimin. q. 64. n. 2. & seqq.*

Zum vierten ist Valentin Flurer der geschwängerten Dirne/ dieweil sie wol gewust/ daß er sie nicht nehmen könte/ pro corruptione etwas zu geben/ nicht gehalten/

Carpz. *d. p. 2. q. 68. n. 10. cum duobus seqq. & n. 118. & seqq.*

sondern die Kind-Betts Unkosten auszurichten/ und dem Kind/ da es bey Leben bleibet/ den Unterhalt/ biß es sein Brod selbst gewinnen kan/ zu verschaffen schuldig; jedoch alles nach Anlaß seines Vermögens: welches/ weil es uns gantz unbekant/ wir nichts gewisses determiniren können/ sondern Richterlicher Ermäßigung heimstellen müssen.

Endlich wird die Geschwängerte/ propter commissum stuprum, willkührlich/ etwan mit 4 Wochen Gefängnis abgestraffet. A.V.R.W.

XXXVII.

Adulterii iterati pœna, ejusdemque præscriptio.

Demnach ihr uns schrifftlichen zu verstehen gegeben/ was massen eure Schwieger vor 20 Jahren mit einem Ehemann die Ehe gebrochen/ und darüber nach ausgestandner eines ganzen Vierteljahrs Gefängnis mit 1000 fl. Straff beleget worden; dessen ohngeachtet/ vor ohngefehr 8 Jahren es abermal gewaget/ zu einen andern Ehemann sich geleget/ und die Ehe wiederum/ welches/ als es durch des Ehemanns (so eines andern Ehebruchs halben in Verhafft kommen) eigene Bekentnis offenbar worden/ sie eben in der Stund/ als man nach ihr greiffen wollen/ das Thor getroffen und flüchtigen Fuß gesezet habe/ darüber

darüber die Obrigkeit die von ihren Eltern ererbte Güter annotiren lassen/ und abermal 1000 fl. Straff haben wolle: dannenhero uf folgende drey Fragen unser Rechtliches Gutachten begehret:

1. Ob nach Verfliessung der gemeldten 8 Jahren der begangene Ehebruch annoch könne gestraffet werden?

2. Ob der Magistrat der Mutter Vermögen mit Recht den unschuldigen Kindern gänzlich hinweg nehmen könne?

3. Wann ja noch einige Straf behauptet werden könte/ wie hoch dieselbe seyn/ und von welchem Vermögen solche genommen werden sollte?

Als haben wir solches nach Collegial-Verlesung mit gehörigem Fleiß wol erwogen; Und hat bey der ersten Frag es anfangs das Ansehen/ als wann auch nach Verfliessung der acht Jahren der Ehebruch mit gebührender Straf zu belegen wäre; Theils weil sonsten die begangenen Laster und deren Straffen mit zwanzig Jahren pflegen præscribirt zu werden/

l. querela. 12. C. ad leg. Cornel. de fals. ibique Gloss. & Dd.
Anton. Gomez. *tom. 3. var. resolut. c. 1. n. 5. & 6.*
Ægid. Boss. *tit. de accusat. n. 32.*
Jul. Clar. *5. Sent. §. ult. q. 51. n. 1.*

Theils/ weil dieses kein simplex, sed duplex adulterium, quod inter Conjugatos commissum est, Jure Saxon. die Ober-Hurerey/ in quo expressè præscriptionem istam quinquennii abrogatam esse constat *ex part. 4. constit. 19. §. fin. ibique Dan. Moller.* Allein hat die angezogene Regula de 20 annorum præscriptione ihren richtigen Abfall in dem Ehebruch/ da die præscriptio quinque annorum statt findet/

per textus expressos in l. 1. §. accusationem. 10. ff. ad SCtum. Turpil. *l. miles. 11. §. adulterii 4. l. mariti 29. §. Sex mensium 5. & duobus seqq. ff. ad l. Jul. de adult.*
Nicol. Boër. *Dec. 26. num. 12. & seqq.*
Jul. Clar. *d. lib. 5. Sent. §. adulterium. n. 20.*
Schneidevv. *Inst. de usucap. &c. c. de specieb. præscript. n. 29.*

Carpzov. *in Pract. Criminal. p. 3. qu. 141. num. 40. & plures ab eo allegati.*

ohnerachtet des Sächsischen Rechts/ welches Zweifels frey zu Windsheim nicht im Brauch/ sondern die gemeine Keiserl. Rechte/ nach welchen auch das duplicatum adulterium und dessen Straff/ nach Verfliessung fünf Jahren/ gänzlich erloschen ist.

d. l. 5. C. ad l. Jul. de adult. cum similib.

Qui textus inter simplex & duplicatum adulterium non distingvunt, adeòque nec nos distinguere debemus. *l. de pretio. 8. ff. de publ. in rem act. l. 1 § 1 ff. de legat. praest.* Hinc in ipso foro Saxonico extra Electoratum, secundum Jus civile pronunciari, testis est

Matth. Coler. *p. 1. decis. 176. n. 29.*

Matth. Berlich. *p. 4. Concl. 27. n. 21.*

Carpz. *d. q. 141. n. 41. & p. 2. q. 59. n. 19. & seqq. aliquot.*

Idque verum est, non tantùm quando per accusationem. *d. l. 1. ff. ad SCt. Turp. d. l. 5. C. ad l. Jul. de adult.* Sed etiam quando per inquisitionem in adulterio proceditur. *tùm per d. l. 28. Cod. ad l. Jul. de adult.* ubi Imperatores generali quaestionis verbo utuntur, quo omnis generis inquisitio comprehenditur. Budae. *ad l. 1. ff. ad l. Cornel. de Sicar.* tùm quòd aliàs quoque inquisitioni eodem temporis spatio proscribitur, quo accusativo tollitur.

Boss. *d. t. de accusat. num. 32.*

Clar. *d. q. 51. num. 2.*

Geil. *1. de pac. publ. 20. num. 33. & Dd. comm.*

Joh. Schneid. *ad t. Instit. de usucap. d. c. de speciebus praescript. num. 45.*

tùm quod inquisitio in locum accusationis succedat. *c. qualiter 17. X. de accusat.* adeòque eaedem Exceptiones, quae contra accusantem & contra inquirentem judicem opponi possunt.

Nicol. Boër. *d. Decis. 28. n. 4.*

Dan. Moller. *ad Constit. Electoral. p. 4. Constit. 19. n. 7.*

Matth. Berlich. *p. 4. Concl. 27. n. 127.*

Nec refert, sciverit Magistratus adulterium commissum, an ignoraverit: cum & ignoranti tempora haec quinquenni currant, ut notat Mollerus, *ad d. Constit. 19. n. 6.*

Perl. *d. Concl. 27. n. 126.* *Adde & omninò* Bened. Carpzov. *in Pract. crim. p. 2. d. q. 59.*

Solchem nach seynd wir der gänzlichen Meynung / daß der begangene Ehebruch nunmehr durch die Verjährung ufgehoben / und deswegen eure Schwieger mit einiger Straffe nicht beleget / noch beständiger Weiß wider sie inquirirt werden möge: Quemadmodum in simili casu responderunt Scabini Lipsienses, mense Julio, Anno 1595. referente Carpzov. *d. q. 59. n 35.*

Aus Erörterung dieser Frage nun / fallen die andern beeden von sich selbst. Dann weil der Ehebruch wegen der Verjährung nunmehro mit Recht nicht gestrafft werden kan / so wird ganz vergebens gefraget / ob das mütterliche Vermögen den Kindern gänzlich entzogen / wie hoch die Straf seyn und von welchem Vermögen sie genommen werden solle. Nichts desto weniger / weil wir deswegen gefraget worden / mit wenigen darauf zu antworten: So ist bey der andern Frag die Geld-Straffe nach dem Vermögen des Delinquenten und dergestalt einzurichten / damit den Kindern zum wenigsten der gebührende Pflicht-Theil oder die Legitima nicht entzogen werden möge.

arg. eorum, quæ habet Carpz. *in Pract. crim. p. 3. q. 140. n. 126.*

Ne alieno admisso graviorem pœnam luant, quos nulla contingit culpa. *l. cùm ratio 7. ff. de bonis damnatorum.* Unde olim si damnatorum bona confiscarentur, dimidia tantùm ærario vindicari altera dimidia liberis reservari solebat. *l. quando 10. C. de bon. proscriptor.* Hodie verò etiam adscendentibus ad tertium gradum relinqvuntur. *Nov. 134. c. ult. & Auth. bona damnatorum C. d. t.*

Die dritte und lezte Frag betreffende / kan die Geld-Straffe nicht wol determiniret werden / dieweil uns der Delinquentin Vermögen / nach dem sie gerichtet werden muß / Carpz. *Pract. crimin. d. p. 3. q. 130. n. 5. & 6* ganz unbekant. Dieses aber ist ausser Zweifel / daß die Straf / sie sey klein oder groß / von ihr der Verbrecherin / und nicht von des Mañs Vermögen zu nehmen seyn würde. Pœnæ enim suos tenere debent authores. *l. sancimus. 22. C. de pœn.* & unusquisque ex suo admisso sorti subjiciendus, *l. crimen. 26. ff. eod. tit.* nec quisquam pro alterius delicto inquietandus est, *l. 2. C. ne uxor pro marito.* Jul. Clar. *d. §. ult. quæst. 86.*

XXXVIII.

XXXVIII.

Casus in einer vorgangenen Schlägerey.

DEmnach ihr uns facti speciem, eine Schlägerey / so Anno 1635. zwischen euch und A. M. seel. zu J. vorgangen / betreffend / neben zweyen Beylagen zugeschickt / und darüber unsere Rechtl. Meynung zu vernehmen begehret; Als erachten wir / nach fleißiger Collegial-Erwegung / in Rechten gegründet zu seyn. Hat itzgemeldter A. M. euch ganz unrechtmäßiger Weiß / bey nächtlicher Zeit / durch einen Stich in beede Augen gefährlich verwundet / und als er deshalben von dem Ehrlöblichen Magistratu Academico daselbst / nach eingezogener Kundschafft / re & corpore arrestirt worden / zwar des Austrags der Sachen zu erwarten juratâ fide sich verpflichtet / auch was etwan wegen zugefügter Beschädigung darüber und darauf gienge / gerne zu bezahlen sich ausdrükl. verlauten lassen: aber dessen allen ungeacht / die Flucht geben / und sich heiml. davon gemacht / zu N. seine Mutter und Geschwister ihn nicht allein heimlich gehegt / sondern auch mit Geld / Pferd / und anderer Nohtdurft versehen / und nach M. geschickt / allda er an der Pest todtes verfahren / jedoch nochvor seinem Absterben gemeldte seine Mutter und Befreundte nach J. an Hn. Rect. Magn. geschrieben / und um Abstellung fernerer citation, wie auch relaxation seines arrestirten Supellectilis gebetten / dagegen uf den Fall die Succumbenten / bey Verpfändung aller ihrer Haab und Güter / ihn zu vertretten sich anerboten. So seyd ihr wol befugt / nicht allein an gedachten M. seel. Supellectilem, wegen erlangten Arrests, euch zu halten; sondern auch dessen hinterlassene Erben sowol ex facto proprio, dieweil sie ihn M. bey Verpfändung ihrer Haab und Güter / itzt angeregter massen zu vertretten versprochen / und also gleichsam für ihn fidejubiret / als ex delicto defuncti, utili legis Aquiliæ actione, quæ per fictam istam litis contestationem, dum reus veræ litis contestationi malitiosâ fugâ suâ impedimento fuit, ad heredes ejus transiit. Ohnerachtet eures Gegentheils Einwendens zu beklagen und vorzunehmen. A. V. R. W. Welches wir euch zu begehrter Rechtlicher Information nicht verhalten sollen ꝛc.

XXXIX.

Casus ein verloren Geld und Donation betreffend, *annexâ hâc quæstione:*

An injuria defuncto illata, ab heredibus vindicari possit?

Vorgesezte und mir um mein Gutachten aus Windsheim zugeschickte Facti Speciem und daraus formirte drey Fragen/ habe ich samt den Beylagen mit Fleiß durchlesen/ und allen Umständen nach reiflich erwogen. Erachten demnach (und zwar bey der ersten Frag) den Rechten gemäß zu seyn/ daß ob zwar sonsten Rechtens/ quòd si quantitas in certis corporibus relicta, puta pecunia, quam in illa arca habeo, sine culpa heredis perierit, procul dubio nihil debeatur, *l. 30. §. 4. ff. ad l. Falcid.* dannoch solche Regula uf gegenwärtigen Fall nicht wohl appliciret werden möge: theils weil in dem Testament der A. R. davon Extract sub Num. 1. beygeleget/ von keinem Hafen/ sondern einem Trühlein; und nicht von Reichs-Thalern/ sondern von Baarschafft und Schuld-Brieffen Meldung geschiehet/ und also die Testatrix, allen Ansehen nach/ nicht eben uf die 600 Reichs-Thaler im Hafen/ so (Laut des Klägers Vorgeben) verloren seyn sollen/ ihr Absehen haben können: zumaln die Eingrabung der Gelder anno 1631 geschehen/ das Testament aber erst den 21. Sept. Anno 1634. ufgerichtet worden. Theils weil gemeldte Regula de vero & proprio Legato sive Donatione à defuncto facta zu verstehen/ *arg. §. 1. Inst. de Legat. & l. 36. ff. de Legat. 2.* diß Orts aber dasselbe pro compensatione alimentorum præstitorum zu achten/ wie solches die Testatrix selbst in berührtem Extract gnugsam bezeuget; debiti autem petitio etiam Legato nulli vel peremto, non extinguitur.

arg. §. ex contrario 14. Instit. de Legat.

Dannenhero und zum 2. wann schon (jedoch citra veritatis præjudicium) das Legatum unkräfftig seyn sollte/ so wären doch die Erben das ihre/ wegen der Alimentation und Haus-Zins/ zu fordern wol befugt; sintemal nicht allein Burgermeister Z. die Testirerin und ihren Sohn mit Kost und Wohnung zu versorgen nicht verbunden gewesen/ *arg. l. 15. & l. 16. C. de negot. gest.* cùm nemo suum jactare præsumendus

mendus sit, *l. pr. vers. qui enim solvit &c. ff. de prob.* sondern auch ohne dessen die Donatio nicht anders/ als acceptante donatario, statt haben mag/ *l. 1. & t. t. ff. & C. de donat. §. alia 2. Instit. eod. tit.* In diesem Fall aber die Testatrix solche donation (wann ja einige zu præsumiren) so gar nicht angenommen/ daß sie vielmehr dieselbe uf 200 Rthlr. æstimirt/ und damit in ihrem lezten Willen per Legatum compensiren und bezahlen wollen/ wie oben angezogener Extract mit mehrerm ausweiset.

3. Ist wol Rechtens/ quòd injuria defuncto illata ab heredibus vindicari possit, *l. 1. §. 4. ff. ff. de injur.* Henning. Gœden. *Vol. 9. Cons. 1. num. 12.* etiamsi verba impersonaliter prolata fuerint, *l. 5. §. 9. & l. 6. ff. d. t. de injur.* Ant. Capyc. *Decis. 58. n. 3.* Allein muß solches von dem Casu verstanden werden/ quando ex sufficientibus indiciis apparet, in cujus personæ contumeliam verba ista injuriosa prolata fuerunt,

l. 15. §. cui. 9. ff. d. t. de injur.

Schrader. *de feud. p. 9. c. 4. n. 107. vers. quartò hæc conclusio.*

Ob nun diß Orts gnugsame Indicia vorhanden/ stehe ich darum an/ weil er Kläger die Frau Burgermeisterin seel. solcher Ausnehmung der Eyer in seiner Klag-Schrifft nicht ausdrücklich geziehen/ sondern nur in genere, es müste jemand anders darüber kommen seyn/ setzet. Incertæ autem personæ si fiat convitium, nulla executio est. *d. l. 15. §. 9. ff. de injur.* Wañ aber anderswo her zu erweisen wäre/ daß er Kläger entweder der Burgermeisterin es ausdrücklich geziehen/ oder sonsten gnugsame indicia vorhanden/ zweifle ich ganz und gar nicht/ daß die Erben/ propter injuriam defunctæ illatam, suo nomine agiren und solche injuriam vindiciren könten/ per ea, quæ supra adducta sunt &c.

XL.

Casus in crimine, quo pater filium cultro confodit.

Demnach Uns dieselbe Acta criminalia, eine Mordthat/ da ein Vater seinen leiblichen Sohn erstochen/ betreffend/ zugeschicket/ und darüber unser Rechtliches Gutachten begehret; Als haben

wir solche Acta mit Fleiß durchlesen / und mit allen Umständen / wie es der Sachen Wichtigkeit erfordert / reiflich erwogen / und beruhet das Werck üf zweyen folgenden Fragen:

1. Ob die That also beschaffen / daß deswegen der Thäter ordinariâ Legis pœnâ am Leben beleget werden möge?

2. Wann es nicht also; ob er dann gar absolviret / oder mit was Straff er angesehen werden solle?

Bey der ersten Frag ist zwar die That unlaugbar / daß der Vater seinen leiblichen Sohn mit einem Brod-Messer dergestalt verwundet / daß er nach Verfliessung dreyer Wochen seinen Geist aufgeben müssen. Dannenhero der Schluß zu machen scheinet / daß der Thäter an Leib und Leben billig zu bestraffen seye /

l. 1. ad l. Pompej. de parricid. §. alia 6 Instit. de publ Judic. ibiq; Gloss. & Dd.

Jul. Clar. *5. Sentent. §. parricid. num. ult. & ab eo allegati.*

und solches um so viel desto mehr / weil nach des Hn. Leib-Medici Meynung der zugefügte Stich die gewisse Ursach des Todtes gewesen seyn solle / wie bey den Actis sub Num. 25. mit mehrern ausgeführet wird. Zu diesem kommet der animus occidendi, welcher ex genere armorum, quibus quis usus est, (wie diß Orts das Brodmesser ist) omninò præsumitur, *arg. §. item lex Cornelia. 5. Instit. d. t. de publ. judic.* & eorum, quæ habet Bened. Carpz. *in Pract. crim. p. 1. q. 15. n. 10. & 11.*

Hingegen ist aus den Actis so viel zu befinden. 1. Daß es noch nicht richtig / wie es mit dem Stich daher gangen / ob nehmlich derselbe mit Willen geschehen / als der Sohn von der Tafel aufgestanden / wie der Vatter selbst vorgiebet / oder ob er nicht vielmehr ziemlich weit von der Tafel im ringen / als der Sohn den Vatter zu Bett bringen / der Vatter aber nicht folgen wollen / sondern drüber beede zu Boden gefallen / alsdann erst vorgangen / wie theils Zeugen sub Num. 13. umständlich aussagen / welchen dann dißfalls eher / als dem Thäter selbst / Glauben zuzustellen scheinet. Dann ob wol sonsten confessus pro judicato habeatur, nec ullæ judicis partes, nisi ut condemnet eum.

Clar.

Clar. *d. lib. 5. Sent. §. f. q. 65. & Dd. comm.*

So mag doch solche Regula diß Orts nicht statt haben; theils weil die Confessio durch der Zeugen Aussage nicht wenig zweiffelhafftig gemacht wird; theils weil der Thäter etwas verruckt im Kopf gewesen/ wie die Acta bezeugen/ und bald mit mehrern ausgeführet werden solle.

2. Ist noch nicht lauter/ daß der Stich vor und an sich selbst tödtlich gewesen/ wie aus der Herren Medicorum bey den Actis befindlichen Bericht und Bedencken mit mehrem zu sehen ist: dahin wir uns geliebter Kürze halben referirt haben wollen. So kan vielleicht das jehe Blutstellen/ so durch das Wundholz geschehen/ und das kalte Wasser/ so ihme unwissend der Chirurgorum zugebracht worden/ wol etwas verursacht haben.

3. Geben es sowol etlicher Zeugen und seines Weibes Aussag/ als auch der Amtleute erstatteter Bericht/ daß der Thäter etliche Jahre hero nicht allezeit bey guter Vernunfft/ sondern etwas verwirret im Kopf und gar seltsam gewesen/ daß fast Niemand mit ihm auskommen können/ wie er dann auch den Tag/ da dieser leidige Fall vorgangen/ fast imerzu gekollert haben soll/ daß er deswegen gar in eine Cammer versperret worden.

4. Scheinet aus etlicher Zeugen Aussag/ und auch sonsten/ daß er ziemlich truncken gewesen/ und also im Kopf noch verruckter worden/ welche beede dann in pœnis mitigandis nicht leicht aus den Augen zu setzen seyn.

per text. in l. perspiciendum 11. §. 2. ff. de pœn. & l. omne 6. §. qui se 7. in f. ff. de re milit.

Petr. Heig. *p. 2. qu. 38.*

Tiraq. *de pœn. caus. 2. & caus. 6.*

Clar. *d. §. fin. qu. 60. num. 7. & 12.*

Wann nun diese Umstände recht in acht genommen werden/ wird man bekennen müssen/ daß der Thäter mit Recht/ ordinariâ pœnâ nicht gestraffet werden könne/ zumalen der animus occidendi, so sonst erfordert wird/ sich aus angeführten Umständen ganz und gar nicht finden will.

Anlan-

Anlangend die andere Frage / so ist der Thäter / als er die böse That begangen / weder verè furiosus noch demens gewesen / und mag also von aller Straf nicht absolviret / sondern muß arbitrariè, oder willkührlich pro ratione circumstantiarum abgestraffet werden / per ea, quæ habet

Petr. Heig. *d. qu. 38 num.* 53 *& seqq.*

Bened. Carpz. *in Pract. crim. p. 3. q. 145. n. 46. & seqq.*

da dann dergleichen pœnæ unterschiedlich / als fustigationis, amputationis manus, relegationis temporalis vel perpetuæ, incarcerationis, mulctæ &c. *l. capitalium 28. §. 1 & seqq. ff. de pœnis.* deren theils in hoc crimine zu gering / theils sich sonst nicht wol practiciren lassen / dannenhero wir unmaßgeblich dafür halten / daß der Verhaffte bey so gestalten Sachen und Umständen mit ewiger Gefängnis nicht unbillig abgestrafft werde. Quamvis enim jure nostro civili, nemo perpetuis vinculis damnari debeat, *leg. mandatis. 35. ff. de pœnis.* Jure tamen Canonico & moribus excessibus & personis, cæteris circumstantiis provida deliberatione pensatis rei in perpetuum carceri mancipari solent.

c. quævis 3. de pœn. in 6. Const. Carol. c. 10.

Adde Carpz. *in Pract. crim. part. 3. q. 111. n. 56. & seqq.*

LXI.

Casus in crimine furti & comminationis.

Demnach dieselbe uns etliche Criminal-Acta, W. R. und von ihm unterschiedlich begangene Diebstähle und ausgestossene Drohungen betreffend / zugeschikt / und darüber unser Rechts-gegründetes Bedencken begehret / als haben wir solche mit Fleiß durchlesen / und allen Umständen nach / wie es der Sachen Wichtigkeit erfordert / reiflich erwogen:

So viel nun 1. die Diebstähle betrifft / wird der Verhaffte zwar unterschiedener theils an Egden / und sowol davon als sonst entfrembdeten alten Eisen / theils daß er Lohe in der Herrschafft Holz geschälet /

und

und dem Müller zu R. verkaufft haben solle/ bezüchtiget: ist aber/ ohnerachtet er mit dem Daumenstock angegriffen worden/ mehr nicht/ als einer Egden/ so er dem G. R. vom Feld hinweg getragen/ geständig/ von der Lohe will er ganz und gar nichts wissen/ sondern habe es in seiner Hecken geschälet/ wie die Acta mit mehrern zu erkennen geben. Zu diesem kommet/ daß er bereit vor zweyen Jahren/ wegen 3 gestohlener Wagen-Ketten/ mit Gefängniß abgestraffet/ und auf geschworne Urfehd wiederum losgelassen worden. Bey dictirung der Straf wird ein Unterschied gemachet. 1. Ob der Diebstahl klein oder groß/ das ist/ fünf Ducaten oder drüber wehrt? 2. Ob der Dieb öffentlich darüber ergriffen oder nicht? 3. Ob er zu den Diebstahl gestiegen/ gebrochen/ oder mit gewehrter Hand derselbe begangen? 4. Ob einer allein zum ersten- oder andern- oder gar zum dritten- vierten- und mehrmahlen gestohlen habe? anderer Umstände/ so hieher nicht gehörig/ zu geschweigen.

Nun befindet sich in diesem Fall dergleichen Umstände keine/ indem der Diebstahl bey weiten fünf Ducaten nicht erreichet/ noch der Thäter offentl. ergriffen/ noch darzu gestiegen oder irgend eingebrochen/ auser daß er zum andernmal sich vergriffen. Bleibet demnach ein schlechter heimlicher Diebstahl/ so weder am Leib mit Staupenschlagen/ noch viel weniger am Leben gestraffet werden mag: sondern es soll der Dieb/ wegen doppelt begangenen Diebstahls/ (als izt mit der Egden/ und dann vor zwey Jahren mit den drey Wagen-Ketten) offentlich an den Pranger gestellet/ und nach geschworner scharffen Urfehd des Landes oder deren Gerichten ewig verwiesen werden: vermög peinlicher Hals-Gerichts Ordnung/ Art. 161.

Carpz. *in Pract. crim. p. 2. qu. 78. n. 97.*

Bocer. *de furt. pœn. c. 1. num. 149.*

und solches um so viel desto mehr/ weil er Diebstahls halben bereit einmahl gestraffet worden/ und dannoch sich nicht gebessert/ sondern zum andernmahl wiederkommen. *arg eorum, quæ habet* Fachin. *1 Contr. c. 1. verſ. cæter. illud.* Sonsten mag er mit harter Straf nicht beleget werden/ weil er eine Egden vom Feld/ und (allen Ansehen nach) auch Pflugschaaren gestohlen/ arg. Land-Recht lib. 2. art. 13. dann zu geschweigen/ daß die Entwendung der Pflugschaaren nur auf Vermutungen bestehet/ so ist das Sächsis. Recht dieser Orten nicht im Brauch/ und muß auch ohne dessen nicht von einem schlechten Diebstahl/ sondern

 von

von gewaltthätiger Beraubung verstanden werden / nach Auslegung
Serenissimi Electoralis *p. 4. Const. 35.*
Petr. Heig. *p. 2. qu. 30. num. 2.*
Matth. Coler. *p. 1. decis. 148. num. 2.*

Anlangend 2. die schweren Bedrohungen / deren er beschuldiget / auch zum theil überwiesen / als daß er dem Wirth zu N. einen rothen Hahn auf das Haus zu setzen / und dem G. N. auf Leib und Leben gedrohet / welches leztere auch durch dreyer Zeugen eidliche Aussage zur Gnüge erwiesen und dargethan worden / seynd dieselb für keine Befehdung / sondern nur für schlechte Drohworte zu halten / derentwegen er an Leib und Leben nicht zu straffen / wird aber billig so lang im Gefängnis gehalten / biß er genugsame Caution und Sicherung durch Bürgen oder Pfand bestellet / wider die Bedroheten / noch sonst jemand etwas thätliches vorzunehmen / wie in der peinlichen Hals-Gerichts Ordnung ausdrücklich verordnet ist. Art. 167.
Jul. Clar. *in Pract. §. fin. q. 47. num. 2.*
Matth. Coler. *p. 2. decis. 232. n. 3. & alii allegati*
à Bened. Carpz. *in Pract. p. 1. q. 37. n. 79.*

Wann aber derjenige / so die Bedrohungen ausgestossen / mit Bürg- oder Pfandschafft aufzukommen nicht vermöchte / wie diß Orts ausser Zweifel; so seynd theils der Meynung / daß er ad juratoriam cautionem zugelassen werden solle / wie auch sonsten in defectum fidejussorum & pignorum juratoriæ cautiones nicht leichtlich verworffen werden. *leg. cùm non facilè. 6. ff. si cui plus, quàm per Leg. Falcid. legat. &c. l. un. §. omnes. v. 2. C. de adsert. tollend. §. Sed hodiè 2. Inst. de Satisdat. Lipsiens. Vol. 2. decis. 681. quos refert & sequitur* Matth. Coler. *d. dec. 223. n. fin.* Andere wollen / daß er so lang zu relegiren / donec cautionem idoneam invenerit, Clar. *d. qu. 47. n. 5.* Allein ist jenes Mittel mißlich / indem so einen liederlichen Gesellen auf seinen Eid gar wenig zu trauen; dieses aber gefährlich / alldieweilen durch die Landes-Verweisung er wol zu gedroheter Rach erst angefrischet oder verursachet werden dörffte.
Dan. Moller. *lib. 3. Semestr. c. 29. n. 10.*
Carpzov. *d. qu. 37. num. 82.*

Dannenhero er / vermög Art. 176. der peinlichen Hals-Gerichts-Ordnung / solchem allen vorzukommen / billig in der Gefängnis behalten

werden

werden sollte / biß er etwan zu einiger genugsamen Caution gelangen möchte: und zwar wegen Unvermögenheit des Verhafften als klagenden Georg R. dem er auf Leib und Leben gedrohet / auf der Obrigkeit Kosten / welche ihn in solchem Fall mit nohtwendigem Unterhalt zu versorgen schuldig. Weil aber solches der Obrigkeit auch schwer fallen dörffte / und der Verhaffte ohne dessen wegen doppelt begangenen und gestandenen Diebstahls die Landes-Verweisung verdienet / kōnte unsers Erachtens dieselbe ihm zuerkant / auch an ihm exequirt / die Urfehd aber insonderheit wegen der ausgestossenen Bedrohungen desto besser geschärffet werden / zumaln wañ etwan der bedrohete G. R. ihme trauen / und mit der eidlichen Caution zufrieden seyn wollte. Auf welchen Fall er ohne dessen der Verhafft zu erlassen seyn würde.

Carpzov. *d. q. 37. num. 94. & 95.*

XLII.

Casus in crimine veneficii.

DJe uns unlängst in causa criminali zugeschickte Facti Speciem samt zweyen daraus gezogenen Fragen / haben wir zwar collegialiter verlesen / und deren Umstände der Sachen Wichtigkeit nach mit allem Fleiß reiflich erwogen; Allein hätten wir in ein- und andern wol etwas mehrern Bericht haben mögen: Als

1. Aus was Ursachen eigentlich die verhafften Personen anfangs eingezogen worden?

2. Ob gnugsame (und sonderlich die in Constit. Carolina begriffene) indicia vor decretirter Tortur sich ereignet?

3. Ob nach beschehener Bekentnis etwan neue indicia legitima & urgentia an Tag kommen?

4. Ob solche indicia gnugsam/ und wie sichs zurecht gebühret/ erwiesen?

5. Ob den Verhafften Copia davon zugestellet/ und sie darüber der Nohtdurfft nach vernommen worden?

De hoc ultimo requisito videri potest Petr. Heig. *p. 2. q. 35.* Zieriz. *ad Const. Carol. c. 52.* Cothm. *Vol. 1. Cons. 12. n. 58. & seqq.* Tubing. *p. 2. Cons. 23. n. 13. Argent. Vol. 2. Cons. 53. n. 54.* Dann wir der gänzl. Meynung/ daß auch in crimine veneficii den Beklagten ante Torturam Copia indiciorum, zu ihrer Verantwortung/ billig zugestellet werde. Nichts desto weniger aber haben wir unsere Meynung und Gutachten begehrter massen kürzlich eröffenen wollen.

So viel nun die erste Frag betrifft/ wie man sich der vorgangenen Variation halber (indeme die Verhafften bald das Crimen bekannt/ bald wiederum gelaugnet) zu verhalten/ und ob solche modificata confessio per torturam ad categoricam responsionem urgirt und derselben völliger Glaub zugemessen werden könte? Achten wir den Rechten gemäß zu seyn/ daß woferne oben angezogene und desiderirte Umstände sich alle richtig befinden/ und nicht allein legitima & ad torturam juxta d. Constit. Carol. sufficientia indicia vorhanden/ sondern auch dieselbe mit zween Zeugen oder sonsten rechtmäßig erwiesen/ und den Verhaften zu ihrer Verantwortung zugestellet/ von ihnen aber nicht elidirt worden wären/

Nicol. Boër. *Decis. 163. num. 19.*

Bocer. *d. quaest. & tortur. c. 5. n. 37. & 38.*

Tubing. *p. 1. Cons. 200. n. 7. & 8. Cons. 255. n. 8. & 13.*

sie mit dem ersten Grad der Tortur (wegen ihres Alters) angegriffen/ und da sie das Laster abermal bekennen/ auch uf solcher Bekentniß auser der Tortur nach zweyen Tagen freywillig verharren würden/ derselben völliger Glaub wol zugestellet werden möge.

Bocer. *d. c. 5. n. 36. & alii ab eo allegati.*

Sollte aber bey oben angedeuteten Umständen einiger Mangel sich befinden/ so wäre ihrer/ die vielleicht ohne dessen squalore carceris eine geraume Zeit torquiret worden/ bey so zweiffelhafftigen Fall mit

der

der Tortur, quæ aliàs res fragilis & periculosa est, billig zu verschonen/

Tubing. *p. 4. Conf. 138. n. 15. & 16.*

Argent. *d. Conf. 53.*

Cothm. *d. Conf. 12.*

jedoch nicht per sententiam gänzlich zu absolviren/ sondern auf eine geschworne Urfehd und Bürgschafft de non vindicando carcere, und sich uf jederzeit Erfordern wiederum zu stellen/ nach erstatteter Azung- und Gerichts-Kosten zu dimittiren.

Tubing. *d. Conf. 255. num. 14.*

Bocer. *d. tr. c. ult. n. 8.*

Adde Boër. *d. Decis. 63. in f.*

Cothm. *d. Conf. 12. num. pen. & ult.*

Bey der andern Frag/ ob nächst solcher Bekentnis die verhaffte Manns-Person nicht um mehrere Complices, oder Schaden/ welchen er bey so lang vorgangener Verführung gethan/ zu bekennen/ zu torquiren wäre? halten wir zwar die affirmativam (da es ja ad torturam gelangen solte) den gemeinen Rechten/ Constitutioni Carolinæ und praxi communi nicht allerdings ungemäß; allein weiln gleichwol solcher Aussage/ so viel die Complices und Socios criminis betrifft/ ohne dessen schlechter Glaube zuzustellen/

Cothm. *d. Conf. 12. num. 267. & seqq.*

Bocer. *d. tr. c. 3. num. 40. & seqq.*

würde behutsam damit zu verfahren und die Verhaffte mit unnöhtiger Tortur und Marter um so viel desto weniger zu beschweren seyn/ dieweil/ nach vieler vornehmen Rechts-Gelehrten Meynung/ in dergleichen Fällen so viel nicht daran gelegen/ ob jemand durch Zauberey Schaden zugefüget/ oder nicht/ sondern auch ausser demselben die Verbrechung tanquàm læsæ Majestatis Divinæ & Sodomiæ rei am Leben (nisi fortè Circumstantiæ quædam mitiorem pœnam suadent) gestrafft werden mögen. A. V. R. W.

Carpz. *Jure forens. p. 4. const. 2. def. 2. & 3.*

Tubing. *p. 2. Conf. 51. & p. 6. Conf. 302. n. 6.*

XLIII.

Sequitur hîc elegans discursus juridicus Domini Doctoris Valentini Heideri &c.

In hac causa scil. insimulati veneficii.

WAs derselbe wegen einer ihme und seiner liebsten Haus-Ehr/ auch lieben Bruder zugestandener schweren Begegniß und weit aussehender Diffamation, so von einer Dienstmagd herrühret/ auch derentwegen von einem E. Raht vorgenommenen Processus mir um rähtliches Gutachten communicirt/ habe ich mit seinem weitläufftigen Schreiben/ vom 13 diß/ und desselben Beyschluß mit mehrern bedauer- und mitleidenlich vernommen; möchte lieber aber über so schweren Casum anderer mehr Verständiger Gemühts-Meynung vernehmen/ als die meinige eröffenen/ zumaln in erst-gedachtem Schreiben und Beylag nicht auf alles/ was hiebey weiter zu fragen vorfället/ nohtwendiger Bericht zu finden. Jedoch etwas weniges/ sowol über die berichtete Bezüchtigungen/ als auch wegen des darauf vorgeloffenen Processes und derentwegen vorhabender Klag und Beschwerung/ nur discursivè, ohne Männigliches Præjudiz, zu melden: Befinde ich erstens die vornehmste diffamation dahin gerichtet/ daß die (angeblich vom Teuffel leibhafftig besessene/ übel geschlagene und beschädigte) Dienstmagd/ den Herren Geistlichen zu U. K. und J. nachmals auch vor Obrigkeit zu K. vorgegeben/ ob wäre sie von J. A. N. verhext/ bezaubert und beschädiget worden; In vim probandi ziehet sie an/ wie daß ermeldter N. ihr nicht allein einen Tanz/ davon diß Unheil herrühre/ gemacht/ sondern auch ihr zu Ulm auf der Brucken/ als auch neulich zu Kempten am H. Christ-Tag beym Mezger-Thor erschienen/ sie nohtzüchtigen wollen/ zu Boden geworffen/ und davon gesprungen/ desgleichen folgends am Obristtag zu ihr gleicher gestalt kommen/ ihr einen Griff an das Knie gegeben/ und damit verschwunden/ nachmals aber sich wiederum bey ihr eingefunden/ und gefraget: wie ihr solcher Griff bekommen seye? folgends wieder verschwunden/ darauf nun dieser Griff in einen gefährlich- und unnatürlichen Schaden ausgebrochen/ dessen Ursacher niemand anders als besagter J. A. N. seye.

Was nun vorderist den schädlichen Tanz/ dadurch die Magd verhext oder bezaubert worden zu seyn angegeben/ wird darauf vom gedachten N. mit wenigen berichtet/ daß selbiger Tanz nichts anders als eine Vexation oder Schertz gewesen seye/ und daß selbiger zumaln nicht mit ihr der Magd/ sondern mit der andern Nebenmagd vorgegangen; Was es nun mit diesem Vexir-Tanz für eine Beschaffenheit gehabt/ und wie diese exceptivè vorgewandte Vexation zu beweisen/ ist in dem Schreiben und dessen Beylag eigentlich nicht/ sondern allein so viel enthalten/ daß diese Entschuldigung dem Hn. Pfarrer sattsame Satisfaction gegeben habe/ auch nachmals bey gefolgter Confrontation genugsam ausgeführet worden seye: dahin ichs dann auch gestellet seyn lasse.

Was aber secundo loco von unterschiedlichen Erscheinungen in Gestalt des N. von der verhexten Magd eingebracht wird/ das mag kein sicheres indicium wider ihn N. subministriren/ weiln bekant/ daß der Teuffel in allerley Gestalt sich verstellen kan/ wie er dann uf Begehren der Zauberin zu Endor/ dem König Saul in Gestalt des Propheten Samuels erschienen. So wird auch erzehlet/ daß Joh. Trithemius Keiser Maximiliano I. seine erstere verstorbene Gemahlin/ Mariam, Herzogin von Burgund/ desgleichen Alexandrum Magnum, Jul. Cæsarem, auch mehrere andere Helden und Röm. Keiser/ jeglichen in seiner Gestalt und gewöhnlichen Kleidung sichtbarlich vorgestellet habe. Und wie der Teuffel manchmal in Gestalt eines Jünglings/ einer Jungfrauen/ oder als ein Bot/ oder Jäger/ Bauer/ item den Jungfrauen in Gestalt eines Freyers; Manns-Personen in Gestalt einer schönen Weibs-Person/ und dergleichen zu erscheinen pfleget/ item wie er einem vornehmen Mann/ als derselbige mit seiner Haus-Frauen zu Tisch gesessen/ in Gestalt derselben seiner Ehewirthin in der Stuben erschienen/ und den Mann fast irr und zweiffelhafftig gemacht habe/ welche von diesen beeden warhafftig seine Ehefrau seye; davon ist zu lesen D. Mengering in Informat. Conscient. p. mihi 161. & seqq. Imò quòd interdum uxores sub specie maritorum à diabolo compressæ fuerint, notat Besoldus in thes. pract. in voce Hexen/ vers. ac ex confessionibus. Worab dann augenscheinlich zu ersehen/ daß ab denen in J. A. N. Gestalt beschehenen Erscheinungen mit Bestand wider ihn nichts zu schliessen. Und weil er N. noch über dieses den Beweißthum auf sich genommen/ daß er illo ipso tempore, da die in seiner Gestalt vorgangene Erscheinungen geschehen seyn sollten/ an selbigem Ort nicht/

sondern

sondern anderstwo gewesen/ so ist hierdurch der Magd Angeben/ von erst bedeuten Erscheinungen und darauf gefolgte diffamation bey den HHn. Geistlichen und der Obrigkeit/ meines Erachtens/ von Rechts wegen/ gänzlich elidirt und hintertrieben worden/ es seye dann/ daß sie viel andere probationes und indicia auf die Bahn bringen würde/ welche so dann ebenmäßig auf die Prob Rechtens gesezet werden müsten.

Die zweyte diffamation gehet dahin/ ob sollten beede Gebrüdere mit gemeldter Dienstmagd in Unehren zugehalten/ und also respectivè Ehebruch und Blutschande begangen haben.

Wie aber und womit diese solch ihre Beschuldigung erwiesen/ oder zu erweisen unterstanden habe/ davon wird in dem Schreiben und dessen Beylag nichts gemeldet/ dahero es auch biß auf erfolgende probation (keinen Glauben finden kan/ si enim accusare sufficeret, quis esset innocens?) und wird sie eô duriore probatione gravirt/ weil meines Großgünst. Herrn Ehren-Stand/ als daß er nehmlich graduirt/ ein bestellter Reichs-Städtischer Syndicus, dazu von GOtt mit einer lieben Hauß-Ehr und numerosa admodùm prole gesegnet ist/ und seiner Anzeig nach/ die Angeberin/ in Zeit ihres Diensts/ wegen ihrer Leichtfertigkeit vielfältig gestrafft und ausgescholten/ solcherley Bezüchtigung fast ohnglaublich und ohnvermutlich machet. Der Bruder aber wird ex capite impotentiæ, auf deren Bescheinungen/ prævià inspectione medicorum, sich von solcher Beschuldigung leicht loßwirken können.

Was nun den auf iztgehörte schwere Beschuldigungen von E. E. Raht vorgenomenen Proceß anlanget/ gehet beeder HHn. Gebrüdere hierwider führende Beschwerung dahin/ daß ihnen von der Dienstmagd bey der Obrigkeit beschehenen in der Stadt und Land allenthalben ruchbarer schweren Bezüchtigung/ auf ihr vielfältiges so schrifft- so mündlich Anhalten/ keine Communication gediehen/ noch sie auf ihr Anerbieten zur Verantwortung kommen können/ sondern ihre Bericht/ Klag und Aussagen vor beeden Brüdern ganz geheim gehalten/ folgends aber nacher Ulm ad consultandum überschickt/ und auf einkommenes Gutachten der jüngere Bruder zur confrontation mit der Dienstmagd/ als Angeberin/ wider all sein bitten und protestiren/ gezogen worden.

Nun habe ich zwar aus dem übersandten Schreiben und dessen Beylag eigentlich nicht vermercken können/ ob über bisher vermeldte

Beschul-

Beschuldigungen per modum accusationis oder inquisitionis verfahre worden; Sollte ein Accusations-Process vorgegangen seyn/ wie dann in gemeldtem Schreiben die Magd hin und wieder Accusatrix genennet wird/ so ist ausser Zweifel/ daß darin ordinariè und nicht anders als in judicio civili zu procediren gewesen. Im Fall aber per viam inquisitionis, ex officio von E. E. Raht verfahren/ wie mich fast glaublicher gedüncket/ so müssen doch die Substantialia in quovis processu necessaria dabey observiret/ und kan die inquisitio nicht pro lubito & absque indiciis sufficientibus vorgenommen (Nicol. Reusner. *lib. 1. dec. 24. n. 36.*) benebens soll darinnen ohnpartheyisch und circumspectè, cum agatur de non glande legenda, sed de fama, vita ac fortunis inquisiti, verfahren werden. Diesemnach hätte sich geziemet/ daß beeden inquisitis, sonderlich uf ihr Begehren/ die wider sie per inquisitionem einkommene indicia wären communicirt und vorgehalten/ ihre Verantwortung drüber vernommen/ darauf in Fall verneinens/ Zeugen verhört/ zur confrontation geschritten/ den inquisitis die Ausführung ihrer Unschuld quovis tempore verstattet/ und so dann Consilium Jurisperitorum eingeholet werden/ wie bey den Criminalisten ad longum zu ersehen.

Insonderheit aber ist zur confrontation, als einem præjudicirlichen actu, der odiosus, und eines ehrlichen Manns famam lædirt/ absque indiciis sufficientibus und auf blosse inculpation nicht zu schreiten/ oder im widrigen actio injuriarum etwan zu erwarten.

Carpz. *in tract. crimin. part. 3. quæst. 114. n. 77. & seq.*
Christ. Besold. *in voce Hexen/ vers. ac notandum &c.*

Warum aber diß Orts und im gegenwärtigen Fall solcher ordo so eben nicht gehalten/ und bey J. A. N. der Anfang mit der Confrontation gemacht worden/ darüber finde ich in mehr bedeutem Schreiben keinen Bericht/ will mir deshalben/ weil mir domini sapientis rationes nicht bewust sind/ anderst nicht/ als mein judicium zu suspendiren/ geziemen.

Was nun drittens beeder Gebrüdere wider die Dienstmagd als auch wider E. E. Raht vorhabende Vindication und Ahndung belanget/ ist nicht ohne/ daß ex Constitutione Carolina, falsi accusatoris pœna & injuriarum damnique præstatio, & ex jure Justinianæo quandoque capitalis. Hiebey stelle ich aber zu bedencken vor/ ob wider die Magd/ weil sie in viel bedeutem Schreiben/ vom Teuffel leibhafftig

besessen zu seyn/vorgegeben wird/ einige Klag mit Fug vorgenommen werden möge? dann was von einem leibhaftig Besessenen vor Schaden geschiehet/ das ist nicht ihme/ als der das Subjectum patiens ist/ und vom Satan darzu genöhtiget wird/ zuzurechnen/ wird dannenhero auch vor dem weltlichen foro nicht zur Straff gezogen. Non enim obsessi malorum & damnorum, quæ fiunt, causæ sunt & authores, sed qui in illis degunt dæmones. Hi sunt, qui corpora impellunt, cædes faciunt, strages dant, damna afferunt, ideòque Judex de obsessis supplicium non sumit, etiamsi aliis mortem aut damnum in fortunis attulerint. Thyræ. part. 2. dæmonias, pag. 52. Dabey berichte ich gleichwol obiter, daß ich meines Theils nicht dafür halten kan/ daß vielbenannte Dienstmagd vom leidigen Teuffel leibhafftig besessen seyn sollte: dann daß sie vom Teuffel übel geschlagen/ niedergeworffen und verlezt worden/ davon lässet sich ad corporalem obsessionem apodicticè gar nicht schliessen/ theils weil dergleichen wol auch den Hexen und Zauberinnen/ ja wol auch frommen Leuten/ durch Verhängnuß GOttes/ vom Teuffel begegnen kan; theils weiln bey den Besessenen viel andere Characteres und Kennzeichen/ als nehmlich grobe blasphemiæ, übermenschl. Stärke/ scientia futurorum, Wissenschafft unbekannter und nie erlernter Sprachen ꝛc. sich befinden/ wie bey Herrn D. Dannhauer in seinem Scheid- und Absag-Brief part. 1. q. 9. p. 156. & seqq. zu ersehen. Ja sie ist auch wol vermutlich nicht für eine Zauberin und Hexe/ sondern allein so viel von ihr zu halten/ daß sie durch Göttl. Verhängnis/ vielleicht durch ihren berichteten leichtfert. Wandel (ut non rarò fieri solet, teste Waldschm. in der 2. Hexen-Pred. p. 37.) vom Teuffel sive mediatè sive immediatè verhext/ bezaubert/ und obgehörter massen beschädiget/ dann sonsten da sie eine Hex oder Zauberin/ wäre sie von den Herren Geistlichen zu Kempten und Ißin zur heiligen Communion nicht admittiret worden. Dahero wird sich vor einiger Rechtlichen Vindication ihres Zustandes/ wie selbiger beschaffen/ ob sie subjectum merè patiens oder auch agens seye/ eigentlicher zu informiren/ und besonders der Ausgang des Inquisition-Processes zu erwarten seyn.

Belangend schließlich E. E. Raht/ ob und wie weit denselben/ wegen hierunter gebrauchten Processes/ beede HHn. Gebrüdere zu conveniren befugt seyn/ will hierüber/ einen Ausschlag oder Gutachten zu ertheilen/ viel ein ausführlicher Bericht/ als im hieher gesandten Schreiben und Beylag enthalten/ gehörig seyn; wie dann daraus zu ersehen/

ersehen/ daß sie einige Nachricht nicht haben/ durch was für Considerationes Ehren-gedachter Raht und dessen gebrauchter Consulent, in einem und andern so oder so zu verfahren/ bewogen worden. Dahero ich/ bevorab cùm præsumtio in dubio pro Magistratu sit, hier billig subsistire. Habe auch vorstehendes alles anderst und weiter nicht/ als allein pro materia fernern Nachgedenckens/ Männiglichen ohne præjudiz, als in causa mihi satis nec cognita, nec perspecta, an Hand geben wollen/ von Hertzen wünschend/ daß diese schwere Sach einen solchen Ausgang gewinnen/ dadurch alle fernere Weiterung verhütet/ und jeglichem Theil/ was sich von Rechts wegen/ gestalten Umständen nach/ geziemen mag/ widerfahren möge. Zweifle benebenst nicht/ Herr D. Ludwell werde pro sua dexteritate & eruditione, in allem heilsame gute Gedancken/ davon ich Abschrifft zu haben verlange/ subministriret haben. Göttlichem Macht-Schutzes empfohlen.

XLIV.

Quæstio: Ob eine geistliche Person/ so die älteste im Geschlecht/ die Vorschickung geniessen könne?

In einem uralten vornehmen Geschlecht/ seynd vor undencklichen Jahren etliche eigenthumliche und frey ledig unbeschwerte Güter durch einhellige Meynung und Schluß aller des Geschlechts Verwandten und Zugethanen/ solcher gestalt conditioniret und verordnet worden/ daß solche Güter jedesmahl uf den Aeltesten im Geschlecht/ ohne Unterscheid der Linien/ welche in diesem Geschlecht begriffen seynd/ succesivè fallen/ und der Aelteste derselben Güter Eigenthums-Herr/ so lang er lebt/ seyn und bleiben solle/ und solche Güter jure dominii directi zu Lehen nach seinem Gefallen verleihen möge.

Nun seynd die Aeltesten in diesem Geschlecht/ uf welche diese umgehende Güter bishero gefallen/ alle weltlichen Stands gewesen/ weiln sich kein Casus ereignet/ daß sie uf einen Geistlichen/ welcher der Aelteste im Geschlecht gewest wäre/ fällig werden mögen.

Der jezt noch lebende Aelteste in Familia aber/ welcher auch weltlichen Standes ist/ hat zween leibliche Brüder/ unter denen einer in Bischoflicher Dignität und Würde/ der andere aber ein Ritter des Teutschen Ordens ist/ und seynd diese zween Brüder nach ihme die Aeltesten im Geschlecht. Darum gefraget wird:

Ob uf Absterben des jezt noch lebenden Aeltesten im Geschlecht/ diese Herren Brüder der umgehenden Güter Succession, ungehindert ihres geistlichen und respectivè Orden-Stands/ berechtiget und fähig/ oder davon auszuschliessen seyen?

Diese Frag haben wir collegialiter mit allem Fleiß wol erwogen/ und geben hierauf unser Gutachten und rechtliches Bedencken kürtzlich folgender massen:

Anfangs hat es das Ansehen/ als wann oberwehnte zween Brüdere/ ob sie gleich uf Absterben des noch jezt lebenden die Aeltesten in Familia seyn würden/ wegen ihres geistlichen und respectivè Orden-Stands keines weges der Succession dieser umgehenden Güter berechtiget.

Dann 1. ist ein gemeiner Schluß der Rechts-Gelehrten/ quod Feuda & Majoratus æquiparentur, adeoque argumentum à Feudo ad Majoratum rectè procedat,

Covarruv. *3. var. resol. 5. n. 5. qu. 4.*
Nicol. Intrigl. *tr. feud. qu. 57. n. 2.*

At in feudis Clericos nullo modo succedere posse tradunt *Feudistæ in c. si fœmina. in f. de feud. fœmin. 2. F. 30. c. si de feudo §. qui Clericus. Si de feud. defunct. ostent. 2. Fab. & c. mut. in f. An mut. vel aliàs imperfect. p. 2. F. 36.*

Jac. de Belloro. *in d. c. si de feudo. §. si decesserit, 2. F. 26.*
Joh. Blanch. *lib. 3. de feud. c. 1. n. 38.*
Jac. de Anliz. *c. 97.*
And. de Isern. *ad c. Clerico. de Cleris. qui invest. fac. 2. F. 35.*
Curt. Inn. *de feud. p. 3. memb. 2. n. 13. & seqq. & Dd. comm. teste* Schneid. *p. 6. de success. descend. n. 23.*
Henning. Gœden *Cons. 19. n. 21.*
Mynsi. *Cent. 5. obs. 48. n. 8.*

So

So gar/ daß solches/ nach vieler Meynung/ propter textuum allegatorum generalitatem & rationis paritatem, auch auf die Cardinäle und Bischoffe/

Jac. Menoch. *lib. 2. de arbitr. judic. cent. 3. cas. 231. n. 6. & 7.*

Vult. *lib. 1. de feud. c. 9. n. 67.*

Henr. à Rosenthal *tr. feud. c. 7. concl. 29. n. 9. & 10.*

ja auch auf die Ritter des Teutschen und anderer Orden gezogen wird.

Guerrin. Pis. Soac. *in prælud. feud. q. 33. n. 2.*

Cattel. Cott. *in memoral. vers. Clericus.*

Rol. à Valle *lib. 1. Cons. 23. n. 39.*

And. Fachin. *7. contr. c. 36.*

2. Werden die Geistlichen/ so viel die Succesſion in dergleichen Gütern betrifft/ insgemein den Weibs-Personen gleich geschätzet/

testante Jacobo Menoch. *Vol. 5. Cons. 443. n. 31. & n. 66.*

Intrigl. *d. tr. qu. 29. num. 57.*

Nun succediren aber die Weibs-Bilder nicht anders/ als deficientibus masculis, ejusd. gradus,

uti docet Covarruv. *d. c. 5. n. 5.*

And. Tiraq. *de jure primogenit. qu. 10.*

Würde demnach folgen/ daß auch die Geistlichen und Ordens-Personen entweder gar nicht/ oder ja allererst auf den Fall/ wann keine Weltliche in der Familia vorhanden/ zu diesen umgehenden Gütern gelassen werden sollten.

3. Clerici, quoad negotia hujus mundi, mortuis comparantur, *in c. placuit. 16.* & negotiis secularibus se immiscere prohibentur. *c. 1. & tot. text.* ✠ *ne Cler. vel Monach. secular. negot. se immisc.* Gleichwie aber die Verstorbenen bey Succesſions-Fällen nicht in acht genommen werden können; also werden auch die Geistlichen davon billig abgesondert und ausgeschlossen/ *arg. l. intercidit. 59. in f. ff. de condit. & demonstrat.*

4. Ist wohl in acht zu nehmen die Ursach/ so die Agnaten dieser Löbl. Familiæ zu dergleichen Disposition und Ordnung bewogen hat.

Welche Zweifels ohne keine andere gewesen/ als Splendor & Conservatio Familiæ.

arg. eorum, quæ habet Tiraq. *de jur. primogen. q. 4.*

Covarr. *d. n. 5. vers. Tertio. &c.*

Jam autem per Clericos, qui matrimonium contrahere & liberos generare prohibentur, Familiam non conservari posse constat, non magis quàm per fœminas, quæ caput & finis familiæ suæ sunt. Secundum JCtos *in l. pronunciatio. 195. §. fin. ff. de V. S.* Mynf. *cent. 3. obs. 26.* Adeò, ut per Clericatum, vel religionis habitum assumtum jura Nobilitatis & Familiæ amitti videantur,

per text. in c. scripsit. 27. q. 2. & in can. præsens. 20. q. 3. ibique Gloss.

Woraus dann abermal so viel zu schliessen scheinet/ daß diese umgehende Güter den zween Brüdern/ als Geistlichen und respectivè Ordens-Stands-Personen/ vermög der ersten Stifft- und Verordnung/ nicht gebühren noch zufallen können.

Allein/ dessen allen ohngeacht/ seynd wir der gänzlichen Meynung/ daß des noch jezo lebenden Possessoris Herren Brüder/ wofern sie uff dessen Absterben die Aeltesten in Familia seyn würden/ der Succession dieser umgehenden Güter fähig/ und davon mit keinem Recht ausgeschlossen werden mögen.

Nam 1. Regula, par est in Successionibus Clericorum & Laicorum Conditio, ut quemadmodum Laici Clericis, ita vicissim Clerici Laicis ab intestato succedant.

arg. c. quia nos. §. ibique Abbas, ✠ *de testamentis. Gloss. in c. generaliter, 16. q. 1.*

Hartm. Hartm. ab Epping. *Pr. obs. l. 2. t. 43. obs. 13. n. 11.*

A qua regula cum Casus hic noster exceptus nusquam reperiatur, meritò sub regula relinquetur.

arg. l. ab ea parte 5. ff. de probat. l. suus quoque. 4. §. puto. 1. ff. de hered. instituend.

Hartm. Pistor. *l. 2. q. Jure. q. 39. n. 13.*

& pro eo, qui regulam pro se habet, pronunciandum est Everh. in Topic. *loc. ab except. ad regul. n. 12.*

2. Seynd

2. Seynd diese umgebende Güter nicht Lehen/sondern eigenthumliche und frey ledig ohnbeschwerte Güter / welche allezeit dem Aeltesten im Geschlecht jure directi dominii zustehen / wie in Specie Facti ausdrücklich gemeldet wird. Soll demnach das / so vom Lehen constituiret worden / uf diese eigene Güter nicht gezogen werden / præsertim cùm ratio, quæ Clericos à Successione in feudis repellit, in iis deficiat. In feudis enim propterea non succedant Clerici; quoniam debita servitia dominis præstare nequeunt.

d. c. mutus. 2. F. 36. & miles Christi, miles seculi esse non debet. & c. mil. de Vas. milit. qui arma bell. depos. 2. F. 21. & utrobique Gloss. & Dd.

At propter hæc tanquàm allodialia & planè libera bona, nullam deberi cuique fidelitatem vel servitia, expeditam est: consequenter cessante ratione prohibitionis, & ipsa cessabit prohibitio,

arg. l. 1. pr. vers. hujus rei ff. de officio ejus, cui mand. est jurisd. l. quod dictum 32. ff. de pact. l. adigere 6. §. quævis. 2. ff. de jure Patronat.

Everh. *in Top. loc. à cessat. rat. n. 2.*

3. Ist diese unsere Meynung aus dem pacto familiæ selbst/ wie es in überschickter Facti Specie angezogen wird / leichtlich zu behaupten. Dann weil dasselbige generaliter und ohne einigen Unterscheid dem Aeltesten im Geschlecht allezeit die Succession dieser umgehenden Güter zueignet: muß es auch generaliter verstanden werden / und sowol die geistlichen als weltlichen Stands-Personen zugelassen werden/

arg. l. 1. generaliter. ff. de leg. præstand. cum similib.

Everh. *in Topic. loc. à generalit. n. 2. præsertim cum Clerici jura sanguinis & consequenter etiam Nobilitatis atque Successionis retineant,*

ut notat post alios Hartm. Hartm. *d. obs. 13. n. 11.*

4. Constat in primogeniis & majoratibus conditiones & leges consensu constituentium adjici solere, nec Monachis vel Presbyteris competere possit.

docente Covarr. *1. var. resol. 19. n. 11. & lib. 3. c. 6. pr.*

Woraus dann gleichfalls gnugsam abzunehmen/ daß ipso jure & citra talem conditionem adjectam, die Clerici gleiches Rechtens mit den

Laicis

Laicis ſich zu gebrauchen haben: Und ſintemal bey dieſen unſern Gütern ſolche conditiones oder clauſulæ nicht zu finden/ Zweifels ohne die Geiſtlichen zu dero Succeſſion admittirt werden müſſen. Quod enim palàm expreſſum non eſt, pro omiſſo habendum. *l. quicquid 99. ff. de V. O.* maximè in iis, quæ à jure communi recedunt, *arg. l. quid verò. 14. ff. de legg.* & favorem religionis quodammodo oppugnant. Cùm nemo contra favorem & libertatem Eccleſiæ aut Eccleſiaſticarum perſonarum facilè quicquam admittere præſumendus ſit, adeò ut Imperator Fridericus etiam Statuta ejusmodi caſſa & irrita pronunciet, in Auth. Coſta. *C. de SS. Eccleſ.*

Bart. Hier. Schurff. *cent. 1. Conſ. 68. n. 23.*

5. Denique inprimis huc facit, quod ſecundum communem & veram opinionem in caſu conſuetudinis, primogenitum cæteris liberis præferentis, & Statuti, maſculis extantibus, fœminas excludendis, Clerici quoque admittantur, ut priori caſu reliquos liberos, poſteriori verò fœminas à Succeſſione æquè ac Laici excludant: uti poſt alios à ſe allegatos tradit Tiraq. *de jure primogenit. quæſt. 44. n. 6. & ſeqq.*

Aus welchem allen dann/ und was noch ſonſten zum Behelff angezogen werden mögen/ ſich unwiedertreiblich ſchlieſſen läſſet/ daß uff Abſterben des noch jezt lebenden Poſſeſſoris bonorum, der Aelteſte unter den zween Herren Brüdern/ ohngehindert ſeines geiſtlichen oder Orden-Standes/ dieſer umgehenden Güter-Succeſſion ſich billig und mit Recht anzumaſſen habe.

Hierwider nun thut wenig die oben angezogene æquiparatio feudorum & bonorum majoratus & ſimilium: dieweil dieſelbige nicht zu weit extendiret/ ſondern in ihren terminis verſtanden werden muß; auſſer welchen ſich ein mercklicher Unterſchied darzwiſchen befindet/ uti apparet ex ſecunda noſtra ratione, & iis, quæ habet

Covarr. *l. 1. var. reſ. 15. n. 14.*

Intrigl. *d. c. 57. n. 50. & ſeqq.*

Qui etiam argumentationem à feudo ad majoratum non ſatis congruè procedere notant. So ſeynd auch viele der Meynung/ quod Clerici, modò per Subſtitutum ſervire parati ſint, à Succeſſione feudorum excludi non debeant, *per c. hæc ſunt, §. item, ſi Clericus. de capp. Corrad. 2. F. 40. juncto c. imperialem, §. firmiter, 1. de prohib. feud. alien.*

alien. per Frider. 2. F. 55. c. extransmissa 6. ✠ de for. compet. c. 1. §. verùm, de stat. regular. in 6. Gloss. in d. c. mutus, 2. F. 36.

Illustr. Schenck *ad d. c. miles. 2. F. 21.*

Jac. de S. Georg. *in tr. feud. §. & quibuscunque n. 4.*

adeò ut hanc opinionem communiter tàm in Germania quàm Gallia receptam esse notet

Guilhel. Hannet. *lib. 2. feud. c. 3. eamq; consulendo secuti sint.*

Hier. Schurff. *d. cons. 68.*

Mart. Ucan. *tom. 1. cons. 9.*

Quod in Cardinalibus, Episcopis & Abbatibus propter dignitatem facilius procedere volunt

Matth. de Afflict. *ad d. c. miles. 2. F. 21. n. 8.*

Jul. Clar. *lib. 4. Sent. §. feudum. q. 78. n. fin.*

Bons. *de feud. c. 7. p. 2. n. 62.*

Forst. *de Success. lib. 4. c. 23. n. 44.*

Inprimis autem in Equitibus Teutonici & similium Ordinum recipiendum est: Cùm hi militiam non reliquerint, sed magis eidem addicti sint, adeòque cesset ratio, quæ aliàs Clericos à Successione repellit.

Alvar. *ad d. c. miles. 2. F. 21. n. 9.*

Bald. *num. 5.*

Forst. *d. c. 23. num. 39.*

Schrad. *de feud. p. 7. c. 5. num. 30.*

Sonsbecc. *p. 9. num. 115.*

Rosenth. *c. 7. conclus. 30. n. 9. & seqq.*

2. Quod ad comparationem Clericorum cum fœminis attinet, ea ad Successionem feudorum præcipuè referenda est. De quo Casu etiam allegati Menoch. & Intrigliol. expreßè loqvuntur: Quoad nostra verò hæc bona, diversa planè ratio est. Cùm enim communi Agnatorum consensu Successio illorum generaliter & indistinctè Seniori in Familia delata sit, nec Clerici quidem ab ea excludendi sunt, sed æquè ac Laici admittendi.

3. Non omnes Clerici mundo mortui intelligantur, sed inprimis Monachi, *d. c. placuit 16. q. 1.* neque ii tantùm simpliciter, sed quoad

X ea tan-

ea tantùm negotia, quæ solitariæ illorum vitæ impedimento sunt: certè à Successione nec ipsos quidem repelli, patet *ex l. DEO nobis 56. §. hoc etiam. 1. C. de Episc. & Cleric. & c. Statutum. 18. q. 1. & utrobique Gloss.* Tiraq. *de Nobilitate d. q. 26. n. 8. & 9.* Nonnunquam ita mortui imprægnant. *c. sicut ex literarum* ✠. *de homicid. etiam proprias commatres. c. pervenit. 18. q. 3.* Farinac. *de testib. q. 61. n. 133.*

4. Bey dem lezten ist zu mercken/ daß die oben angezogene ratio conservandæ familiæ meistentheils auf die Weibs-Personen sihet/ als durch welcher Verheurahtung die Familia verändert/ die Güter wider der Agnaten Schluß und Meynung in eine frembde Familia transferirt und also den Agnatis ganz und gar entzogen würden: Eine andere Beschaffenheit aber hat es mit den Geistlichen/ welche ob sie zwar propter defectum matrimonii & justorum liberorum die Familiam nicht propagiren oder conserviren köñen: so bleiben sie doch auch post susceptum Clericatum in der Familia, und behalten alle Jura und Privilegia, sowol als die Laici, wie bereit oben eriñert worden ex Hartm. Hartm. *d. obs. 13. n. 11.* Tiraq. *de Nobilitate d. q. 26. n. 8. & 9.*

Dahero dann dergleichen umgehende Güter einen Weg als den andern in der Familia verbleiben/ und der Disposition und Verordnung gemäß/ nach Absterben der Geistlichen/ auf die nächsten Aeltesten im Geschlecht wiederum successivè fallen.

Und irret nichts/ quòd per Clericatum Jura Nobilitatis & Familiæ amitti videantur, *d. c. præsens. 20. q. 3. & C. scripsit. 27. q. 2.* Nam hoc ipsum in istis textibus non dicitur, neque colligi ex iis potest, per religionis ingressum nobilitatem generis sive sangvinis amitti; sed tantùm regales dignitates, puta regnum, ducatur, Comitatum &c. quæ non ad monasterium transeunt, sed proximis agnatis laicis deferuntur, Tiraq. *d. qu. 26. num. 3. & seqq.*

Deinde dicti textus non de quovis Clerico loqvuntur, sed de Monacho, qui prorsus desierit esse miles Seculi, per monachatum factus miles Christi, & quidem Comitatum suum filiis, qui in Seculo remanserant, dimiserat. Unde cùm Comes propriè dicatur is, qui de Comitatu investitus est, c. qui à Principe. *Quis dicatur Dux p. 2. F. 10.* mirum non est, si is, qui Comitatum in manus filiorum reputaverat,

non Comes, sed Clericus esse dicatur. Comes, Clericus factus, si Comitatum retineat, Comes esse non desinit. Ut pluribus docet Martin. Uran. *d. Cons. n. 32. & seqq.*

XLV.
Feudum apertum.

Demnach Uns derselbe einen Lehens-Fall samt beygefügten Bericht und zweyen daraus formirten Fragen zugeschicket/ und darüber unser Rechtliches Gutachten begehret; Als haben wir solches alles collegialiter verlesen/ und mit gebührendem Fleiß erwogen/ sprechen darauf für recht

1. Daß bey so gestalten Sachen (da der verstorbene Vasall einen von Natur taub- und stummen Sohn hinterlassen) die Agnati innerhalb 9 ganzer Jahre des Lehens halben sich nicht angemeldet/ und das Lehen-Gut dergestalt deteriorirt/ und an Gebäuen eingangen/ daß der neue Vasall einen grossen Unkosten/ zu Reparirung desselben/ ufwenden müsse/ ehe er selbsten etwas daraus zu geniessen haben werde; hingegen der bresthaffte Pupill seine Alimenta und Unterhalt gar wohl von dem Mütterlichen oder bey seinen Adelichen Befreunden erlangen könne/ der Lehen-Herr nicht allein das Lehen einzuziehen/ und anderweit seines Gefallens zu vergeben/ wohl befugt/ sondern auch weder er/ als welcher nicht in possessione, noch der neue Vasallus, zur alimentation berührten bresthafften Pupillens verbunden seye/ dannenhero auch sub hoc alimentorum prætextu, die Urban-Register und andere zum Lehen gehörige Documenta keines weges vorenthalten werden können.

2. Daß der Conductor (so unterdessen das Lehen-Gut uf sechs Jahre/ von Martini 1636 bis Martini 1642/ in Bestand genommen/ aber der Contract von dem Lehen-Herrn niemals ratificirt/ sondern an den Beständner die verfallene und noch unentrichtete Pacht- und Zins-Gelder an bestim̃te Orte zu liefern/ und ferner des Guts sich zu enthalten und gänzlichen sich zu äusern/ geschrieben worden/) solchem des Lehen-

Herrn Verbot zuwider/ der Schnitt-Erndte und Fütterung sich anzumassen/ nicht befugt/ sondern das Getreid/ gegen Bezahlung des Saamens und Bau-Unkosten/ dahinten zu lassen/ wie nicht weniger die noch ausständige Post- und Zins-Gelder/ (welche des Lehen-Herrn Willen nach/ billig zu Reparirung der Gebäude angewendet werden/) jedoch pro ratâ temporis zu erlegen schuldig seye; er auch/ da zu erweisen/ daß durch seine Verwahrlosung an den Gebäuen und sonsten Schaden geschehen/ von dem neuen Vasallo deshalben gar wohl conveniret und besprochen werden möge. A. V. R. W. 2c.

XLVI.

Quæstio feudalis.

ANno 1609 ist uf Absterben Ulrich Althofers/ Burgers zu Herspr. ein vierter Theil Zehendens/ zu Meilsperg gelegen/ seinen dreyen Söhnen/ Ulrich/ Martin/ und Christoph den Althofern erblich heimgefallen/ und Nicolaus Schmalzing/ als Vormund und Lehenträger/ das Lehen empfangen/ wie auch nachmals Anno 1619 Ulrich Althofer für sich selbsten und an statt seiner beeden Brüder gethan hat. Hernacher aber/ in Abtheilung der Erbschafft/ ist dieser vierte Theil Zehendens dem ältesten Bruder Althofer allein gelassen und assigniret/ jedoch das Lehen von neuem nicht empfangen/ noch in der Land-Pfleg-Stuben uf ihn geschrieben worden. Anno 1634 nun stirbet erstlich Martin Althofer/ und verlässet zwey Söhne/ so noch im Leben/ diesem folget sein Bruder Ulrich/ und endlich auch des Ulrich Althofers Söhnlein. Wird demnach gefraget:

1. Ob nicht Ulrich Althofer seel. indeme er das Lehen nicht von neuem empfangen/ deren von seinen Brüdern cedirten Theilen sich verlustiget gemachet?

2. Wer in diesem Mann-Lehen succedire/ ob allein Herr Christoph Althofer/ oder mit ihm auch des Martin seel. beede Söhne zuzulassen?

So viel

So viel nun die erste Frag betrifft/ ist zwar der gemeine Schluß der Rechts-Gelehrten/ daß wann ein Lehen-Mann ein Theil eines Lehens nicht jure accrescendi, sondern cessionis, venditionis, vel simili zufället/ er solchen Theil von neuen empfangen/ und die gewöhnliche Pflicht leisten/ oder in Entstehung dessen/ des Lehens verlustigt seyn müste.

Jac. de Ardiz. *in Summ. c. 47.*

Andr. de Isern. & Alvar. *ad c. investitura. §. Sed etiam res 2. Feud. 3.*

Jac. de S. Georg. *tr. feud. & cum pacto de non alien. n. 40.*

Jul. Clar. *lib. 4. Sent. §. feudum. q. 49. n. 12.*

Rosenth. *c. 6. concl. 33. num. 4. & 5.*

Allein ist solches nicht anders zu verstehen/ als wann die Lehen-Empfängnis dolo malo, vel saltem latâ culpâ, (quamvis hoc posterius dubio non careat, ut videre est apud Laur. Sylvan. *de feud. recognit. q. 64. num. 7.*) unterlassen worden ist. *c. imperialis. §. fin. 2. F. 52. & c. imperialem in f. pr. 2. F. 55.* Rosenth. *d. c. 6. concl. 56. num. 4. & Dd. communiter.*

Nun kan aber diß Orts dem U. Althofer seel. kein dolus, noch auch lata culpa mit Bestand zugemessen werden: dieweil er Zweifels ohne die renovationem investituræ aus keiner andern Ursachen unterlassen/ als daß er gänzlich dafür gehalten/ daß es an deme genug seye/ daß er vorhin das Lehen für sich und an statt seiner Brüder empfangen und die Pflicht geleistet gehabt/ besonders weil ich berichtet werde/ daß hin und wieder dergleichen Cessiones uf dem Lande vorgehen/ und doch das Lehen von neuem nicht empfangen werde. Und hindert wenig/ *quod ignorantia juris aliàs latæ culpæ annumeretur l. 9. C. de ll. 12 C. de jur. & fact. ignor. l. 2. §. fin. quis ordo in bonor. possess. servetur.* Bart. *& Dd. comm. in l. 32. ff. de posit.* quoniam hoc non de cujusvis juris ignorantia, sed naturalis vel gentium potissimùm; nec de quibusvis hominibus, sed iis præcipuè, qui ratione professionis & officii jura scire debent, intelligendum est. *Don. 1. com. 22. Coras. 4. miscell. 17.* Dn. Rittersh. *ad l. 23. ff. de R. I. p. 30.* Treutl. *Vol. 2. d. 4. th. fin. lit. A.*

Darnach da schon ihme Ulrichen Althofern seel. einige lata culpa zugemessen werden sollte/ so aber keines weges geschehen kan/ so wäre doch die action wider ihn durch seinen Todtes-Fall exemplo . . . .

injuriarum verloschen/ und köñten die Erben nunmehr deshalben nicht wohl angefochten werden/

arg. l. si eum, 10. §. 2. ff. si quis caution. in judic. sist. caus. facta.
Curt. Inn. *tr. feud. p. 4. num. 157.*
Jul. Clar. *lib. 4. §. feud. qu. 65. &c.*

zu geschweigen/ daß auf diesen gesetzten Fall das Lehen nicht der Lehen-Herrschafft/ sondern den nächsten Agnaten heimgefallen wäre/ welche durch ihr Stillschweigen die Sache gleichfalls versehen/ und ihr Recht vergeben hätten/ Laur. Sylvan. *tract. qu. 87.* oder da es ja der Lehen-Herrschafft apert worden/ wäre es doch bey derselben nur/ so lang der Delinquens und dessen Kinder gelebet/ verblieben/ nach Absterben aber desselben/ uf die nächste Agnaten wiederum zuruck gefallen/

per c. hac. §. fin. 2. F. 40.
Andr. de Isenn. *in C. Vasalli 2. F. 31.*
Alvar. *in O. princ. a. §. f. 2. F. &c.*

bleibet also wahr/ daß diß Lehen nicht verfallen/ sondern von Ulrich Althofer seel. uf seinen einigen Sohn rechtmäßig vererbet worden.

Die andere Frag belangend/ so ist in Rechten klärlich versehen/ daß wann weder Brüder noch Brüder-Kinder vorhanden/ die nächsten Befreunden zugelassen/ und die weitern im Grad ausgeschlossen werden sollen/ auch die Kinder in diesen Fällen an ihrer Eltern statt nicht stehen mögen. Nov. *118. c. 3. §. fin. Auth. post fratres C. de legitim. heredib. ibi Gloss. & Dd. Reform. Noric. tit. 35. l. 9.* und solches ohne Unterscheid/ es seyn gleich allodial- oder Lehen-Güter/ *c. per successionem. vers. his deficientibus. 2. F. 11. ibique Alvar. c. successionis 2. F. 50. ibique Gloss. Jac. de Belloro. Bald. & Dd. comm.* Wann dann auch in unserm Fall/ daß Ulrich Althofers Söhnlein weder Geschwistert noch dero Kinder verlassen; so wird billig Herr Christoph Althofer allein/ als der nächste Bluts-Freund admittirt/ die andern aber alle/ so weiter verwandt/ auch seines eigenen Brudern Martin Althofers Kinder ausgeschlossen/ per jura allegata Hieron. Schurff. *cent. 1. cons. 92. ferè in terminis nostris.*

Und irret gar nicht die gemeine Rechts-Regul/ quod liberi in locum parentum succedant, eosque repræsentent. *d. Nov. 118. c. 1. & c. 3.* dann dieselbe vornehmlich in absteigender Linie und in der Seiten-Linie zwischen Brüdern und dero Kinder statt findet; wo aber keine Erben in abstei-

absteigender Linie/ noch Geschwister/ oder dero Kinder vorhanden / da mögen die Kinder ferner an ihrer Eltern statt nicht stehen / wie oben erwehnet worden.

Fürs ander thut wenig zur Sachen/ wann man sagen wollte/ daß in Jure feudali gar keine Succession Collateralium, sondern nur Descendentium zu finden / *arg. c. vasalli in fin. 2. F. 31.*

Hotom. *disp. de feud. c. 19.*

Giph. *tr. feud. c. 12. num. 48.*

Vult. *de feud. lib. 1. c. 9. num. 102.*

oder da ja eine Successio Collateralium seyn sollte / so müste doch die proximitas nicht de ultimo defuncto Vasallo, sondern à primo acquirente æstimirt werden / *arg. d. c. successionis f. 2. F. 50.*

Bald. *Cons. 137. num. 1. Vol. 2.*

Geil. *2. obs. 154. num. 3.*

Hotom. *d. c. 19.*

und dannenhero Martin Althofers Söhne an ihres Vatters Stelle tretten und mit zugelassen werden. Dann diese Meynungen seynd alle beyde irrig/ und die erste den ausdrücklichen textibus Juris Feudalis zuwider/ *in d. c. per successionis 2. F. 50. & d. c. per successionem. 2. F. 11. ibid. Gloss. & Dd.* Zas. *p. 8. num 5.* Sonsbecc. *p. 9 n. 77. 87.* Schrad. *p. 7. c. 7. num. 6.* die andere aber wird per eosdem textus *in d. c. per successionem. 2. F. 11. & d. c. successionis 2 F. 50.* gnugsam widerleget / und von den Dd. insgemein verworffen/ wie zu sehen bey dem Jac. de Belloro *ad d. c. successionis, 2. F. 50.* And. de Isern. *n. 21. & 32.* Alvar. *n. 6.* Schenck *n. 4. & 1.* Zas. *d. p. 8. n. 5.* Schrad. *d. c. 7. n. 19.*

Aus diesen nun folget unwidertreiblich / daß obangeregtes Lehen Herrn Christoph Althofer allein gebühre und zustehe / es wäre dann Sach/ daß dasselbe die Brüder gemein behalten / und Ulrich Althofer seel. nur die Abnuzzung allein davon gehabt / uf welchen Fall doch des Martin Althofers Kinder mehr nicht / als ihres Vatters Theil erben/ des Ulrich Althofers Portion aber dem Herrn Christoph Althofer/ als nächsten Bluts-Freund/ zufallen würde 2c.

XLVII.

XLVII.

Quæstio: An Feudum in casu extremæ necessitatis possit alienari &c.

DAs uns zu subscribiren zugeschickte Bedencken haben wir begehrter massen collegialiter durchlesen/ und mit allem Fleiß erwogen/ erachten darauf dasselbe denen Rechten gemäß/ und dannenhero Ihr Gn. Herr von Fr. und J. die Helffte der anererbten freyen Reichs-Herrschafft J. ohngehindert des fideicommissi und väterlichen prohibition, bey so gestalten Sachen zu alieniren/ wohl befugt zu seyn. Und solches Theils aus denen in jezt angeregtem Bedencken angezogenen und ausgeführten Rechts-Gründen/ theils/ dieweil auch die Lehen-Güter/ so gleichsfalls zu alieniren verboten/ dannoch in casu extremæ necessitatis vereusert werden mögen.

Petr. Ant. de Petr. *de fideicomm. qu. 8. n. 467.*

Dann ob zwar Bald. *in c. un. Qual. olim Feud. alien. poter. 2. F. 9. ibique Schenk, Baro, & Dd. comm.* einer widrigen Meynung seyn; so ist doch dieselbe in dem Hochlöbl. Kaiserl. Cammer-Gericht ad casum necessitatis non admodum urgentis restringiret und geschlossen worden/ ut si fortè fames aut alia necessitas tàm urgens sit, ut nisi eidem per feudi alienationem subveniretur Vasallo, vel liberis, vel ejusdem uxori vitæ periculum adferri posset, illud impunè alienare liceat. *arg. l. ult. C. de patrib. qui fil. distr. & clem. un. de homicid. Vol. Mynf. cent. 6. obs. 30.* Cum enim feuda, in quibus fortior prohibendæ alienationis ratio, docente Cravett. *tom. 1. Cons. 24. num. 11.* hoc casu licitè alienentur, utique de bonis fideicommisso subjectis eò minùs dubitandum erit. *arg. l. non debet 21. ff. de R. I. &c. cui licet. 53. eod. t. in 6.*

Allein müsse vor allen Dingen die urgens & extrema necessitas probiret werden; ausser welcher die bona fideicommisso supposita keines weges alieniret werden könten/ *arg. eorum, quæ attingit Anton. Tessaur. Dec. 99. n. 11.* Darnach erfordert es die Billichkeit/ daß diese Fdeicomiss-Güter vorher den nächsten Agnaten/ deren Interesse dabey versiret/ angeboten werden/ welche/ da sie etwan nicht kauffen wollten oder könnten/ alsdann dem Herrn gravato seines Gefallens/ wenn er wolte/ zu alieniren frey stünde; Quemadmodum Emphyteuta prædium emphy-

emphyteuticum etiam invito Domino alienare poteſt, ſi Domino prius denunciaverit, isque emere noluerit. *l. 3. C. de Jure Emphyteut.* Et Vaſallus, ſi in extrema neceſſitate conſtitutus Domini conſenſum petierit, isque nec emere ipſe, nec conſentire alienationi voluerit, impunè feudum vendit,

docente Matth. Afflict. *in d. c. un. Qual. olim feud. alien. poter. 2. F. 9.*

Roland. à Valle *Vol. 4. Conſ. 56. n. 16. & Dd. comm.*

Drittens wäre rahtſam/ daß bey Ihro Kaiſerl. Majeſtät allerunterthänigſt angeſuchet und gebetten würde/ ob ſie berührte Herꝛſchafften von dem onere fideicommiſſi zu eximiren allergnädigſt geruhen wolte/ wie auch in dem Bedencken ſelbſt bereit erinnert worden. Welche Cautelen dann darzu dienen würden/ daß die Alienatio für ſich ſelbſt rechtmäßig/ alle Difficultäten aus dem Weg geraumet/ und die Agnati von dem jure retractûs auch ins künfftige gänzlich könnten ausgeſchloſſen werden. ꝛc.

XLIIX.

Erläuterung eines ertheilten Reſponſi, in re & materiâ feudali.

Demnach über dem den 26 Febr. jüngſthin in einer Lehen-Sache/ zwiſchen Wilhelm Heinrich und Joach. Ulrich T. dann Maria Magd. von Münſter/ gebohrne T. und dero Erben ertheiltem Reſponſo fernere Erläuterung dreyer unterſchiedener Umſtände und Motiven begehret wird/ als haben wir ſolche collegialiter verleſen/ und mit gehörigem Fleis wol erwogen: Die Umſtände und daraus formirte Fragen ſeynd dieſe:

1. Ob die Brüder/ Veit Ulrich und Hanns Philipp Tr. dero Schweſter/ Frau Maria Magdalena von M. ihr

Recht ohne ihr Verschulden/ oder habende recht-mäßige Ursach/ und zwar ihrer gäntzlich unwissend/ zu benehmen/ und ihrem Vattern zuzuwenden/ befugt gewesen?

2. Weil die Vettern/ Wilhelm Heinrich und Joachim Ulrich Tr. so wenig als die Frau von M. der gesamten Hand Folge gethan/ und um die Lehen uf begebende Fälle sich angemeldet/ sondern nur von Veit Ulrich und Hanns Philippen/ ohne ihr Vorwissen/ mit in die Lehen gerucket/ und die Schwester ausgelassen worden: Ob solches nicht sowol den Vettern als der Frau von M. im Weg liegen würde?

3. Ob nicht die Unwissenheit dieser vorgangenen Belehnungen/ oder zum wenigsten der gethane endliche Verzicht der Frau von M. und nach dero seel. Hintritt ihren Erben zu statten kommen und sie à negligentia entschuldigen könte?

BEy der ersten Frage nun lässet man es dahin gestellet seyn/ welches disfalls die Haupt-Frage: Einmal ist ist gewiß/ daß ein Unterschied gemacht werden müsse/ ob die Collaterales (in welchem Stand sich die Frau von M. befindet) ex jure defuncti, an ex simultanea investitura succediren. Dann uf den ersten Fall die Successio juris communis statt haben/ und die Frau von M. ihre Vettern bey diesem Lehen ausschliessen würde/ wie in vorigem Responso ausgeführet worden: Uf den andern Fall aber einig und allein die simultanea investitura Saxonica in acht genommen werden müste; und will sich nicht finden/ daß die Brüder/ der Schwester etwas zu benehmen/ willens gewesen/ (welches sie auch nicht thun können/ per ea, quæ habet Carpz. *p. 2. Const. 45. def. 15.*) sondern ihr habendes Recht und die Belehnung (wie sie auch ohne ihrer Schwester Vorwissen zu thun befugt) suchen wollen. Da dann der Schwester selbst zu imputiren/ warum sie neben ihren Brüdern und Vettern sich nicht angemeldet/ und der gesamten Hand Folge gethan habe. Cùm nemo alterius negotium gerere,

aut

aut alterius nomine investituram petere, necesse habeat, per nota & vulgata jura.

Die andere Frag bestehet theils in facto, theils in jure. In facto, ob die Vettern/ Wilhelm Heinrich und Joachim Ulrich Tr. um diese Belehnungen nichts gewust/ sondern nur von den Lehens-Besitzern uf begebende Fälle mit eingerucket worden; welches wir nicht præsumiren oder præsupponiren können/ weil in den mitgeschickten Copien der Lehen-Brieffe nichts dergleichen zu finden/ sondern simpliciter gesezzet/ daß um beschehener fleißiger Bitte willen Sigm. Heinrich Tr. Söhne insgesamt mitbelehnet worden/ wie die Beylage sub lit. C. zu erkennen giebet. Quo Casu pro Instrumento investituræ præsumendum est, & vera esse, quæ in eo scripta sunt & solenniter omnia peracta esse: cum pro quovis legitimo instrumento duplex militet, præsumtio, veritatis una, Solennitatis altera,

arg. §. item 11. & §. si scriptum. 16. Inst. de inutil. stipulat. §. ult. Inst. de fidejussor. ibique Gloss. & Dd. comm.

Wesemb. *in w. ff. de fide istrum. n. 6.*

Müste demnach solches/ wie sichs zurecht gebühret/ bewiesen werden/ cum facta eorumque qualitates extrinsecæ non præsumantur, sed probari debeant,

l. adseveratio. 10. C. de non numerat. pecun. l. quæcunq; 13. §. ult. ff. de public. in rem action.

Sichard. *ad l. 1. C. de contrah. & committ. stipulat. n. 5.*

So könte auch wol seyn/ daß Veit Ulrich und Hanns Philipp Tr. auf ihrer Vettern Begehren/ quasi procuratorio nomine, die Lehen mitgesucht und empfangen hätten. Per Procuratorem autem investituram rectè peti patet *ex C. investitura § 1. vers. sed utrum. 2. F. 3. ubi* Jac. de Belloro, Andr. de Isern. Alberott. & Dd. *comm. teste Jacobin. de S. Georg. tr. feud. §. qui quidem investiti. num. 11.* & Jul. Clar. *4. Sent. §. feudum. qu. 49. num. fin.* In jure ist die Sach richtig/ und würde die omissio petitionis investituræ sowol denen von Tr. als der Frauen von M. im Weg liegen/ und sie beeder Seits von diesen Lehen ausgeschlossen werden, Carpz. *d. Const. 45. def. 17. n. 8.* davon aber die Frau von M. oder ihre Erben wenig Nutzen haben würden.

Anlangend die dritte Frag/ ist zwar ausser Zweiffel/ quod justa ignorantia vel aliud aliquod impedimentum (puta bellum, pestis, vel

domini absentia &c.) excuset, ut Dd. ferè uno ore omnes tradunt, teste Rosenth. *de feud. c. 6. Concl. 56. n. 1.* Zas. *p 7. num. 5.* Schrad. *p. 6. c. 2. n 56.* Ob aber dergleichen impedimenta sich disfalls ereignen/ oder ob der Frau von M. der tödtliche Hintritt des Lehen-Herrn oder ihrer Brüder unbekant gewesen/ oder seyn können/ stehet dahin/ und wird alles auf den Beweis beruhen. Dann daß sie um diese gesamte Belehnung keine Wissenschafft gehabt/ mag ihr/ unsers Erachtens/ wenig vortragen: alldieweil die Brüder/ ohne ihr Begehren die Lehen ihrentwegen zu suchen/ nicht gehalten gewesen/ sondern uf begebene Fälle sie sich selbst anmelden sollen; wie bereit oben bey der ersten Frag erwehnet worden. Und zweifeln wir sehr/ ob die von der Frau von M. eidlich gethane Verzicht disfalls in consideration zu ziehen seyn werde. Dañ zu geschweigen/ daß dergleichen renunciationes stricti juris seynd/ und die feudalia bona regulariter nicht in sich begreiffen/ uti docet

Bald. *in c. si contigerit. 2. F. 25. n. 9.*
Matth. de Affli&. *num. 10.*
Alvar. *num. 9. vers. item addit.*
Curt. Jun. *Cons. 138. num. 25.*
Giph. *tr. de renunc. pag. mihi 21. & 22.*
Kellenbenz. *de renuc. Success. c. 26. n. 5. & seqq.*

So vermögen auch die Lehen-Brieffe sub Lit. C. daß die Mitbelehnte allererst uf den Fall/ wann keine Söhne oder Töchter von Hañs Eitel Tr. vorhanden/ einigen Zutritt zu diesen Lehen haben sollen; und haben sie sich demnach nicht gescheuet/ die gesamte Hand zu suchen/ noch auch der Frau von M. ihre Brüder/ sie mit in den Lehen-Brief rucken zu lassen/ einiges Bedencken getragen/ wie angezogene Lehen-Brieffe bezeugen. Gleichwie nun diese geleistete Lehens-Pflicht Ansuchung der gesamten Hand nicht hinderlich gewesen/ noch sie etwas unbilliges begehret: also würde auch der eidliche Verzicht/ so quoad feudum hoc nichts anders in sich hält/ als die gesamte Belehnungen/ der Frau von M. an Folgleistung der gesamten Hand nicht gehindert/ noch sie durch Begehrung der Investitur etwas ohngereimbtes verhandelt haben ꝛc. ꝛc.

XLIX.
Ein Bau-Streit.

DJe uns zugeschickte Acta, einen Bau-Streit betreffend / haben wir collegialiter mit Fleiß durchlesen / und allen Umständen nach wol erwogen. Hierauf nun unser Rechtliches Gutachten zu eröffnen / so beruhet die ganze Sach auf folgenden zweyen Haupt-Puncten: 1. Ob Martin Milbinger den Bau / so Hanns Christ. Lang / in seinem Hauß zu führen / vorhat / mit Bestand Rechtens hintertreiben könne? dann 2. ob die anderen mitunterschriebene Nachbaren solches zu thun befugt seyn?

Beym 1. Punct ist zwar aus alten Kaufbriefen klärl. zu ersehen / daß die Langis. Behausung / so viel die Hofstatt gegen dem Roßmarckt betrifft / derjenigen Behausung / so M. Milbinger anizo besitzet / von Alters her mit einer Servitute altiùs non tollendi dergestalt behafftet gewesen / daß die Käuffere der Milbingischen Behausung nicht Macht haben sollten / zu vergünstigen oder zuzulassen / daß die Hofstatt gegen über bezimmert oder bedachet werden möge: Wie dann solche Milbingerische Behausung von Andreas Schilling / dann Hanns Wiesen das leztemal mit dergleichen pacto prohibitivo ist verkauffet worden. Allein haben des Hanns Wiesen Erben solche Servitutem hernacher den Laurischen Erben gegen 200 fl. erlassen / unerachtet des pacti prohibitivi, welches den Rechten nicht allerdings gemäß / *arg l. pen. ff. de pact.* ubi nemo pacto efficere potest, ne prædium suum alienare liceat. Es wäre dann / daß es dem Contractui venditionis in continenti beygerucket / so zwar geschehen / und zugleich ein Interesse contrahentium concernire / *arg. l. pen. C. de pact. int. emt. & vendit. ibique Gloss. & Dd* so aber diß Orts nicht beygebracht / noch wie sichs zurecht gebühret / erwiesen werden kan. Und gesezt / jedoch der Wahrheit zum Abbruch keines weges gestanden / es hätte diß pactum remittiret werden können / sondern müste annoch in vigore verbleiben / so würde es doch secundum communem pactorum naturam nur zwischen den paciscenten und dero Erben statt haben / *l. 1. d. pact. l. 1 ff de const pecun.* möchte aber dem Langen an seinem vorhabenden Bau mitnichten verhinderlich seyn. Conventio enim alienationem rei suæ prohibens, domini translationem non impedit, *per text. in l. si ita quis 135. §. ea lege. 3. ff. de V. O. & in l. eâ lege. 3. C. de condict.*

ob caus.5. ibiqq; Gloss. & Dd. comm. Nisi fortè res ipsæ pro observantia hujus conventionis obligata fuerint. Bart. *in l. filiusfamilias 114. §. divi. 11. ff. de Legat 1* cum quo omnes alii transeant, teste Ant. Gabriele. *comm. concl. lib. 3. de pignorib. & hypoth. Conf. 1.* Rosenth. *in tr. feud. c. 3. Concl. 25. in f.* so aber diß Orts nicht geschehen ist.

Sind demnach der gänzlichen wiewol unvorgreifl. Meynung/ daß bey so gestalten Sachen und Umständē der M. den Langen/ als tertium, den solch pactum prohibitivum nicht angehet/ an seinem vorhabenden Bau mit Recht nicht verhindern könne/ sondern da er einiges Recht zu haben vermeynet/ es bey den Wiesenschen Erben suchen müsse/ da er jedoch auch wenig ausrichten dörffte.

Anlangende den andern Punct/ ist versehenen Rechtens/ quod si quis servitutem vicino non debeat, (wie dann die Nachbaren keine Servitutem haben/ noch prætendiren) ædes suas altiùs tollere minimè prohibeatur. *l. altius 8. l. seq. C. de Servit. & aquæ duct. hactenus enim in suo aliquid facere licet, quatenus in alienum nihil immittit, l. sicut 8. §. Aristo. 5. ff. si servit. vindicetur.* Modò id faciat utilitatis suæ causâ, non ad æmulationem vicini, cum malitiis indulgendum non sit, *l. in fundo 38. ff. de rei vindic. l. 1. §. deniq; 12. ff. de aqu. & aquæ pluv. arcend.* welches bey dem Langen nicht zu vermuten/ sondern von den Nachbaren erwiesen werden müste, &c.

L.

Burgermeister und Raht zu S. resigniren ihr Amt ex indignatione erga Principem.

Demnach ihr uns einen in facto (wie eure Worte lauten) gegründeten Bericht samt etlichen Beylagen zugeschicket/ und darüber unser Rechtliches Gutachten begehret; als haben wir solches alles collegialiter verlesen/ und sprechen nach fleißiger Erwegung für Recht: Daß ob zwar mit dem aus Fürstl. geheimer und Cammer-Cantzley euch unverhörter Sachen zugefertigtem Decret man etwas geschwin-

geschwinde verfahren / und also ihr deshalben ein- und das andere zu ahnden billig Ursach gehabt; dannoch es als gegen der hohen Obrigkeit oder dero verordneten Rähten mit mehrerm Respect und Bescheidenheit geschehen sollen. Viel weniger aber alsobalden die Rahts-Stellen im Trutz zu resigniren und Ihro Fürstl. Gnaden den Stuhl gleichsam vor die Thür zu setzen / euch gebühren wollen; dahero dann leichtlich die Rechnung zu machen / daß ihr von dictirter Straff gänzlich nicht möcht absolvirt werden; es wäre dann Sach / daß Ihro Fürstl. Gn. bey so gestalten Sachen / da ihr justâ indignatione & dolore, quem temperare difficillimum est, zu einem und dem andern veranlasset worden seyd / Gnade einwenden / und die Straffe remittiren / oder ja auf eine erträglichere Summam mildern wollte. A. V. R. W.

LI.

Quæstio: Auf was Weise die verweigerte Quittung / über die abgelegte Amts-Rechnuug / zu begehren?

Aus dessen Schreiben habe mit mehrerm vernommen / was massen mein hochgeehrter Herr seine Cammer-Amts Rechnung / so sich uf etliche Tonnen Goldes beloffen / vor den Herren geheimen und E. E. Rahts Deputirten abgeleget / aber bis dahero zu dem Raitschein und Quittung / ohneracht er zum öfftern beweglich darum angehalten / nicht gelangen können / sondern uf des Stadt-Cammer-Schreibers Schluß-Rechnung / mit deren er doch das allergeringste nicht zu thun hatte / verwiesen werden wollen / dannenhero die Beysorg tragen müste / daß etwan nach seinem seligen Hintritt seine liebe Haus-Frau und Erben allererst angefochten / und von ein- und dem andern Red und Antwort zu geben angehalten werden dörfften. Solchem nach mein Gutachten begehret / ob diß sein Suchen wegen des Raitscheins und Quittung in Rechten fundirt? und dann / wie er seine Sache anzugreiffen / damit er entweder zu solchem Raitschein uf den allerglimpflichsten Weg gelangen

oder

oder sich sonsten genugsam verwahren könnte / damit seine liebe Haus-Frau und Erben ins künfftige zu keiner weitern Verantwortung und Justificirung der Rechnung angestrenget werden möchten. Nun wird mein hochgeehrter Herr ausser allen Zweiffel wissen / ob vor diesem seinen Herren Antecessoren dergleichen Raitschein und Quittungen ertheilet worden / uf welchen Fall er dann auch billig darauf zu dringen hätte / in Erwegung / daß bey Verweigerung der offtgemeldten Quittung etwas dahinter stecken / und heut oder morgen seine Erben / qui aliàs quidem justam ignorantiæ causam habeant, *l. qui in alterius. 42. ff. de R. I.* leichtlich gefähret und in Weitläufftigkeit geführet werden dörfften. Sollten aber bishero dergleichen Schein und Quittungen nicht gebräuchlich gewesen seyn / würde es auch dißfalls vergeblich und schwerlich etwas zu erhalten seyn; Angelangend die Mittel und Wege / dadurch entweder eine Quittung zu erhalten / oder man sonsten gesichert seyn könnte / ist verschenen Rechtens / quod rationes licet semel redditæ, tamen propter errorem prætensum & probatum retractari possint. *per textum in l un. C. de errore calculi. ibiq; Gloss. & Dd.* so gar / daß wann schon eine Quittung ausgehändiget / dannoch die Rechnungen von neuem erfordert / und nach Befindung retractirt werden mögen.

Jason. Dec. Sichard. *ad d. l. un. C. de err. calc.*

Joh. Georg. Besold. *Cons. Tubing. p. 6. Cons. 262. n. 8. & 9.*

Allein / werden hingegen unterschiedene Remedia an die Hand gegeben / dadurch man sich der künfftigen Molestien halber versichern könne: Als *1. Si res judicata. 2. Si transactio intervenerit. d. l. un. & 3. Si juramentum interpositum fuerit.* Bart. & Salicet. *ad d. un. de err. calc. ibiq;* Wesemb. *in w. C. num. fin.* Petr. Heig. *p. 1. q. 20. n. 28. & n. 33.* Wie dann auch dasjenige / so von der Quittung angeführet worden / allein von dem Casu zu verstehen / quando quietatio illa vel cautio in continenti post redditas rationes facta est, quoniam tum eodem errore, quo calculus initus est, etiam quietatio subjecta præsumitur, *arg. l. dolus. 19. vers. diversum. ff. de novat.* Sichard. *ad d. l. un. n. 3.* Weil aber disfalls und bey so gestalten Sachen weder einige transaction noch jusjurandum zu hoffen / wäre (meines weniges Erachtens) das rahtsamste / wann mein hochgeehrter Herr nochmaln bey E. E. Raht um den Raitschein und Quittung / neben Erbietung gebührender Verantwortung und Satisfaction, beweglich anhielte / und uf den unverhofften Fall / wann E. E. Raht uf seiner Meynung beständig verharren / und

den

den Raitschein/ ohne einig erhebliche Ursachen/ verweigern wollte/ bey Ihro Keiserl. Majestät und Dero Höchst-Löbl. Reichs-Hof-Raht die Sache anbrächte/ damit E. E. Raht alles Ernsts auferleget würde/ die Quittung zu ertheilen/ oder Ursachen anzuzeigen/ warum es nicht geschehen sollte/ oder könnte. Wordurch dann mein hochgeehrter Herr so viel erhalten würde/ daß entweder die gesuchte Quittung/ und zwar zu seinem Vortheil ex post facto, ausgehändiget/ oder die Rechnung nachmals vorgenommen/ und dem judiciali authoritate confirmirt werden müsten: also fernere Forderung und Ansprüche abgewendet werden möchten. Dann ausser diesen Fällen sehe ich nicht/ wie die Haus-Frau und Erben ins künfftige wegen dieser Rechnung gesichert seyn könnten/ *per tradita Dd. ad d. l. un. de errore calc.* & Petr. Heig. *d. q. 20.* welches also meinem hochgeehrten Herrn uf Begehren nicht verhalten sollen ꝛc.

LII.

Quæstio: Ob ein Glaubiger sich an das ihm verschriebene Unterpfand halten könne?

Demnach uns ein Extract einer Obligation samt darunter gesezten Frag zugeschicket: Ob nehmlich der Creditor, Krafft dieser Obligation, alterutro casu, da entweder die schuldige Eheleute nicht solvendo würden/ oder aber in Entrichtung der pensionen säumig gewesen/ vor Verfliessung 5 Jahren/ auf das Unterpfand zu klagen/ gute Fug und Macht gehabt/ und darüber unser Rechtliches Gutachten begehret: Als haben wir solche collegialiter verlesen/ und mit gehörigem Fleiß erwogen. Sprechen darauf für recht/ daß bey so gestalten Sachen (da in der Obligation ausdrücklich versehen/ wann die Schuldnere Eheleute einiges oder mehr versprochenes im wenigsten nicht halten/ und jeder Zeit das Haupt- und Pension-Geld vorgeschriebener massen nicht ausrichten werden/ alsdann der Herleiher/ oder seine Erben/ oder rechtmäßige Briefs-Inhabere/ an den eingesezten Unterpfänden ihres Geldes Interesse und Unkosten sich erholen sollen und mögen) der Creditor auf den Fall/ da die Schuldnere entweder nicht solvendo werden/

oder in Entrichtung der pensionen säumig gewesen/ auch vor Verfliessung der in der Obligation gemeldten fünf Jahren (so hieher ganz nicht gehören) an das Unterpfand sich zu halten/ und darauf zu klagen/ guten Fug/ Recht und Macht gehabt und noch haben. A. V. R. W.

LIII.
Debitum, so einem Juden zugesprochen wird.

DJe zugeschickte Acta zwischen Mäule Juden/ als Kläger an einem und Anna Maria Rehlerin/ Beklagtin andern Theils/ habe ich begehrter massen mit Fleiß durchlesen/ und wohl erwogen; Erachte darauf den Rechten gemäß zu seyn/ daß bey so gestalten Sachen der Jud seine Intention gnugsam erwiesen/ und dannenhero Beklagtin in die geklagte Sum̃am der 507 fl. samt Kosten und Schäden condemnirt/ und zur Bezahlung wircklich angehalten werden solle: es wäre dañ Sach/ daß sie ihr Vorgeben de usuris usurarum, wie sichs zurecht gebühret/ erweisen und darthun könnte: uf welchem Fall sie dann billich noch ferner zu hören seyn wird. V. R. W.

Zu dieser Meynung hat mich bewogen die von den Klägern producirte Abrechnung/ quæ licet privata tantùm scriptura sit, contra scribentem tamen plenè probat. *l. Publ. 26. §. fin. ff. depos.* Si modò negata non fuerit.

Langfranc. *in Pract. judic. c. 9. n. 48.*

Mascard. *de probat. Vol. 3. concl. 1294. n. 2. & Dd. comm.*

Wie dann/ nach Ausweiß der Acten/ die Beklagte dieser Obligation und Abrechnung nicht in Abrede seyn können/ und ob sie wol vorgibt/ daß in derselben viel jüdischer Zins/ sive usuræ usurarum begriffen/ so ist doch solches nicht erwiesen/ und mag auch mit der general-præsumtion, quod Judæi sint plerùmque fœneratores improbi, nicht behauptet werden/ quoniam ea per specialiorem & fortiorem præsumtionem facilè eliditur; Marc. Natt. *Cons. 67. num. 7. & Cons. 473. num. 27.* Sintemahl

berührte

berührte Obligation selbst gnugsam bezeuget / daß die strittigen Gelder nicht uf Wucher oder Zins ausgeliehen / sondern vielmehr zu besserer Fortsetzung der Beklagten Handlung dergestalt hergeschossen worden / daß sie zu Nürnberg durch Wechsel an guten Geld wiederum erstattet und bezahlt werden sollen: da dann kein jüdischer Wucher / oder dergleichen etwas / sondern das gerade Widerspiel zu præsumiren seyn wird. So irret auch wenig / was aus den Reichs-Abschieden de anno 1551. §. Diesem zu begegnen ꝛc. nicht allein von solchen Verschreibungen und Obligationibus, quæ vim publici instrumenti habent, sondern auch von den privat cautionibus und chirographis verstanden werden muß: partim propter verba generalia, partim etiam propter rationem generalem, ut fraudes Judæorum coërceantur; so ist doch bereits oben geantwortet worden / daß diese strittige Gelder keine Interesse oder Zins-Gelder / sondern Handels-Gelder seyn: von dergleichen Contracten aber angeregter Reichs-Abschied nichts meldet / so gar / daß auch eben in demselben §. die aufrichtige Handthierung und Commercien den Juden ausdrücklich frey gestellt und zugelassen werden. Bleibet also dabey / daß der Kläger seine Intention gnugsam erwiesen / und die Beklagte nach desselben Inhalt condemnirt werden solle; es wäre dann Sach / daß sie ihre geführte Exception de usuris usurarum, uff andere Weiß darzuthun / ihr getrauete: mit welchem Beweiß sie dann nochmals billig gehöret würde / wie bereits oben erwehnet worden, ꝛc.

LIV.

Eine Schuld-Sach.

DJe mir zugeschickte Acta in Sachen Juncker Hanns Jobst S. contra Herrn Wolffgang V. zu N. habe ich mit Fleiß durchlesen / und wohl erwogen; da dann der Jr. Kläger seine Intention sowol in facto als jure gnugsam erwiesen / dann erstlich hat er seine Schuld-Forderung der 6000 fl. durch Vorweisung der ohnverdächtigen Original-Obligation, welche unter zweyer Genannten Siegel verfertiget / tanquàm Instrumentum publicum plenè probirt / zur Gnüge dargethan / *Reform. Noric. tit. 8. l. 5.* So ist zum andern das Jus, quod

Creditor hypothecarius pecuniam perſonali creditori ſolutam avocare poſſit, auch richtig/ ſo gar/ daß auch der Beklagte ſolches nicht einſt laugnen oder nur in Zweiffel ziehen dörffen/ wie in den Actis ſolches mit mehrerm iſt ausgeführet worden.

Hingegen wird à parte des Beklagten eingewendet 1. Exceptio Solutionis, daß des Jr. Klägers Vorfahr/ Herr E. ſeel. anderwerts bezahlet/ und alſo oben angezogene Obligation dadurch caſſirt und ufgehoben worden. Welches theils mit geführt- und abgehörten Zeugen/ theils dadurch bewieſen werden will/ daß Herr E. zu den angeſtellten Zuſammenkünfften der Steuriſchen Creditoren/ ohngeacht er darzu erfordert/ niemals erſcheinen wollen/ ſondern noch über das etlichen perſonal Glaubigern Steuriſche Wahren ohne einige Widerred abfolgen laſſen/ ſo er gewiß/ da er ſelbſt als ein hypothecarius zu fordern gehabt/ nicht würde gethan haben.

2. Exceptio rei judicatæ, als ſollte zu Gräz dieſe Sache bereits decidiret und für den V. geſprochen worden ſeyn; laut beygelegter Copia einer Citation und Quittung/ wegen der vom Beklagten erhobenen 1272 fl.

3. Daß E. ſeel. ſeines geweſenen Dieners/ Leonh. Steurers Geſellſchaffter/ und alſo ſowol gegen dem V. als andern perſonal Glaubigern zu völliger Bezahlung verbunden geweſen/ Vermög eines Informat Urthels/ ſo von der Juriſten-Facultät zu Leipſig ſoll eingeholt worden ſeyn.

4. Exceptio fidejuſſionis, als ſollte E. auch in ſpecie gegen dem V. für erwehnten Steurer Bürgſchafft geleiſtet haben/ wie ſolches er V. mit ſeinen ohnverdächtigen Handels-Büchern zu erweiſen erbötig iſt.

Allein/ wann itzt angezogene Exceptiones und Ausflüchte alle etwas genauer betrachtet werden/ ſo wird ſich befinden/ daß keine darunter zur Gnüge/ und wie ſichs zurecht gebühret/ erwieſen worden.

Dañ 1. können die Zeugen/ ſo doch nicht allerdings ohne Mängel/ ein mehrers nicht ausſagen/ als daß er Herr E. ſeel. aus des Steurers Verlaſſenſchafft Geld empfangen/ ob aber damit die prætendirte

6000 fl.

6000 fl. abgestattet worden/ wissen sie nicht/ und hat Jr. S. einen aus seinen Vorfahren unverdächtigen Handels-Büchern gezogenen Conto beygeleget/ und damit so viel erwiesen/ daß über die empfangene Gelder man ihme noch 6000 fl. für voll schuldig verblieben. So lässet es sich auch mit den allegirten præsumtionibus, daß E. bey der Glaubiger Versamlungen nicht erschienen / sondern noch dazu etlichen personal-Glaubigern Steurische Wahren abfolgen lassen/ nicht ausrichten/ weil nicht erwiesen/ daß er darzu beruffen worden/ theils weil er seines ausbleibens auch wol andere Ursachen haben/ und um die Aushändigung der Wahren (so nicht von ihm und den Seinigen geschehen) gar nichts wissen können; wie dann solche Wissenschafft im geringsten nicht erwiesen worden ist/ sondern vielmehr der eine Zeug/ Hañs Conr. Einwag/ dafür halten will/ daß E. damals bereits todt gewesen seye. *sub fine deposit.* theils aber und zwar fürnehmlich/ dieweil die ohnversehrte Obligation, die man ihme/ wann er bezahlet gewesen/ gewiß nicht in Händen gelassen haben würde/ solche Vermuthungen leichtlich elidiren/ oder doch zum wenigsten ganz zweifelhafftig machen kan. Fortior enim præsumtio semper tollit debiliorem.

l. Divus. ff. de in integr. restit. ibique Gloss.

Bart. *& Dd. comm.*

Everh. *in Topic. loc. à verisimili. n. 14.*

Geil. *2. obs. 97. num. 18.*

2. Werden zu Behauptung der Exception rei judicatæ nur blose Copien beygeleget/ welche (zu geschweigen/ daß sie ohne dessen nichts directo inferiren) so lange/ bis sie mit den wahren Originalien bestärket werden/ keinen völligen Beweiß erstatten mögen/

l. 2. ff. de fid. Instrum. ibique Gloss.

Mascard. *de probat. Vol. 2. Concl. 711. n. 1.*

Und obwol sonsten pro sententia judicis zu præsumiren/ *c. sicut nobis. in f. X. de sent. & re judic.*

Menoch. *6. præsumpt. 67.*

Hippol. *Singul. 354. incip. in dubio n. 1.*

auch wohl zu vermuten/ daß Beklagter die Steurischen Gelder und Wahren zu Gräz nicht für sich selbst/ sondern judicis authoritate zur Hand gebracht haben werde; so ist doch nicht erwiesen/ daß E. mit dem

B. dieser Sache halber jemals in lite gewesen / oder einiges Urtheil zwischen ihnen ergangen / dannenhero tanquam res inter alios gesta acta ihme E. oder dessen Nachkommen keines weges præjudiciren solle / *l. 1. & tot. tit. C. res inter alios acta vel judicat. &c.* zumaln ohne dessen die præsumtio pro judice & processu alsdann erst statt findet / quando res judicialiter cum causæ cognitione, parte altera, de cujus præjudicio agitur, citatâ, judicata est. *l. judices. C. de jud. & l. terminato. C. de fructib. & lit. expens.* Nam si extrajudicialiter ad unius partis petitionem judex processerit, pro eo vel decreto ejus aut sententia præsumendum non est. *arg. l. 3. §. 1. ff. quod metus causâ.* Geil. *2. obs. 67. num. 5.*

3. Ist bey den Actis weder das allegirte Responsum der Juristen-Facultät zu Leipsig / noch eine Gesellschafft-Verschreibung / wie in dergleichen Fällen bräuchlich / noch sonsten einiger Beweiß zu finden / daß also das Vorgeben / ob sollte E. seines gewesenen Dieners des Steurers Gesellschaffter gewesen seyn / billich uff seinen Ungrund ersitzeln bleibet. Ea enim, quæ facta sunt, non præsumi, sed probari debent,

arg. l. adseveratio C. de non numer. pec. l. 1. C. de probat.
Mascard. *d. Vol. 2. Concl. 732. n. 1.*
Geil. *2. obs. 13. n. 3. & obs. 71. n. 4.*

4. Anlangend die Fidejussion und anerbotenen Beweiß / durch die Hand-Bücher / seynd die Dd. noch nicht eins / an & quantum fidei libris mercatorum tribuendum sit: dum quidam iis tanquam privatis scripturis omnem planè fidem derogant, *Gloss. in l. quadam. §. nummularios. ff. de edend.* alii semiplenè probare volunt, ut juramentum suppletorium deferri possit, post Bart. Jason. & alios Geil. *2. obs. 20. n. 2.* Nonnulli non aliter pro scribente existimant, quàm aliis adminiculis accedentibus, ut ex Bald. refert Mascard. *d. Vol. 2. Concl. 975. num. 11.* Allein / gesezt / es sey die opinio richtig / und communiter recepta, quod libri mercatorum semiplenam probationem inducant, wie dann solche auch in Statutis Noricis approbirt wird. *Reform. d. t. 8. l. 7.* so ist doch aus den Actis nicht zu ersehen / daß der Beklagte seine Bücher gerichtlich vorgeleget / daß solche ohnverdächtig / und die erforderte Requisita sich erfunden / und dann daß ihme das juramentum suppletorium uferleget und von ihme præstiret worden wäre. Zudeme ist so gar nicht zu

vermu-

vermuten / daß der Beklagte / da er so einen vermöglichen Bürgen gehabt / das Seine erst an frembden Orten mit Ungelegenheit und Unkosten gesuchet haben würde. Aus welchem dann leichtlich der Schluß zu machen / daß auch dieser Einwurff zur Gnüge / und wie sichs zurecht gebühret / nicht erwiesen worden seye.

Solchem nach bin ich der gänzlichen Meynung / daß bey so bewandten Sachen und Umständen der Beklagte nicht so blos absolviret / viel weniger aber der Advocatus causæ inexpensas condemnirt werden sollen. Salvo &c.

LV.
Res monetaria.

DAs uns zugeschickte Responsum Juris, super re monetaria, haben wir begehrter massen collegialiter mit allem Fleiß erwogen / und ob wir wol solches gern subscribirt hätten / so haben sich doch bey diesem mutuo dergleichen Umstände befunden / daß es so blos und simpliciter sich keines weges thun lassen.

Dann 1. ist in thesi ex communi & veriori Dd. opinione richtig / quod in mutuo, sive monetæ mutatio in intrinseca sive in extrinseca bonitate contigerit, semper Contractûs tempus attendendum sit, per textum expressum. *c. cum Canonicis 126. X. de cens.* ne aliàs vel invito Creditori aliud pro alio obtrudatur, contra *l. 2. ff. de reb. credit. vel debit.* plus quàm reverà accepit, solvere cogatur, contra naturam muti expressam, *in l. rogasti. 11. §. 1. ff. d. l. & l. si tibi. 17. pr. ff. de part.* Geil. *2. obs. 73. n. 7. & seqq.* Mynſ. *cent. 4. obs. 1.* Ant. Thessar. *Dec. 174. num. 1.*

2. So ist auch in hypothesi bey diesem mutuo ein anders (nempe ut solutionis tempus attendatur) ausdrücklich nicht bedinget: dann obwol diese Wehrte in dem Instrumento Obligationis, an gangbarer Münz ꝛc. secundum popularem sensum, dahin verstanden werden möchten / als hätte man bey der Bezahlung auf die alsdann gangbare

Münz

Münz sehen wollen: so kan doch hinwiederum nicht gelaugnet werden/ daß jezt angeregte Worte auch diesen sensum wol leiden mögen/ was nemlich für Münz zur Zeit des Anlehens gangbar gewesen/ und zwar um so viel desto mehr/ weil bey Empfang des Geldes ebenmäßig guter gangbarer Münz-Wehrung ausdrücklich gedacht wird; da doch auser allen Zweiffel damahls nur schlechte und interimistische Münz im Schwang gegangen ist. Tubing. *part. 2. Cons. 63. n. 112.*

3. Gesezt/ es wäre ausdrücklich paciscirt worden/ daß das tempus solutionis in acht genommen werden sollte/ so gehet dannoch vieler vornehmer Rechts-Lehrer Meynung dahin/ daß dergleichen pacta, utpotè quæ usurariam pravitatem sapiant, ipso jure nulla, adeòq; pro non adjectis zu halten: wie mit mehrern ausführen Tubing. *d. p. 2. Cons. 57. n. 77. & seqq.* oder doch zum wenigsten nicht anderst zu verstehen seyn/ quàm si res in eodem vel non planè dissimili statu permanserit,

arg. l. quæro. 52. §. inter locatorem.

Tiraquell. *in præfat. l. si unquam. num. 166. & seqq. C. de revocand. donat.*

& Surd. *decis. 438. num. 2.*

Zu welchem dann auch noch dieses kommet/ daß diß pactum naturæ mutui (quod in eo non possit obligatio contrahi, nisi quatenus datum sit, *d. l. 17. pr. ff. de pact. l. 11. ff. de reb. credit.*) ganz zuwider wäre/ ohngeachtet solch pactum vielmehr de qualitate, als quantitate, de qua allegatæ leges agant, handele; dieweil diese qualitatis diversitas zugleich auch qualitatis diversitatem mit sich bringet; indeme der Debitor propter mutationem istam monetæ, in der Warheit auch mehr gute und schwere Gulden/ als er von dem Creditore empfangen/ bezahlen muß; welches dann naturæ mutui planè contrarium est, & ad usurarum pravitatem quàm proximè accedit.

4. Hat diß Orts eine Landschafft/ oder im Namen der 4 Haupt-Städte im Land das Geld ufgenommen; in dergl. Fällen aber die Civitates nicht anders obligirt werden mögen/ quàm si pecuniæ ad ejus utilitatem conversæ probentur. *l. civitas. 27. ff. de reb. credit. ibique Gloss. & Dd.* Ja uff allen Fall/ da die Landschafft sich lædirt befinde/ hätte sie die restitutionem in integrum zu suchen/ *per l. Respublica C. ex quib. caus. maj.* Tubing. *d. p. 2. Cons. 62. n. 38.* und irret nicht/ daß

Ihre

Ihre Fürstliche Durchl. N. N. die Obligation selbst subscribiret und confirmiret hat: quoniam Princeps Contractum cum qualitatibus suis confirmare & ut pignora validè obligari possent, consentire, non autem naturæ contractûs quicquam derogare voluisse credendus est, cum aliàs quoque in dubio Principis Rescripta secundum jus commune, & ne damnosa fisco vel utilitati publicæ adversa sint, accipi debeant,

l. 3. & l. pen. C. de precib. Imp. offerend. &c. l. ult. C. si contra jus vel util. publ.

Und obwol Fürstliche und andere hohe Stands-Personen ihr Versprechen in gute Obacht nehmen/ und besser/ als diejenigen/ so geringen Herkommens/ halten sollen; so müssen doch die Pacta nicht iniqua oder cum publica læsione conjuncta seyn/ sonsten mögen sie etiam absque labe & Principali dignitatis detrimento wohl rescindirt werden. *per tradita* Dnn. Tubing. *d. cons. 57. n. 88. & seqq.*

5. Was von dem angenommenen und löblich geführten Hof-Meister-Amt/ von der angetragenen Condition bey dem Grafen von O. und sonsten angezogen wird/ ist meistentheils ziemlich weit gesuchet/ und extra naturam contractûs mutui hätten sich auch bey dem Grafen von O. eben diese Difficultäten des schlechten Gelds halben ereignen dörffen/ wie dann die privilegia peculii Castrensis zwar bekannt/ aber gleichwol nicht dahin angesehen/ daß sie naturam contractûs ufheben/ oder den Debitoribus zum præjudiz gereichen sollten. Zu geschweigen/ daß der Herr Consulent seine Capitäns-Besoldung an der damals fast wachendlich steigenden Münz wissendlich ohne einige contradiction angenommen/ und gleich andern sich damit bezahlen lassen/ daß also nunmehr nach so langer Zeit solches zu ahnden/ oder etwas zu suchen/ viel zu spät seyn würde.

Ist demnach bey so gestalten Sachen und Umständen zu besorgen/ daß wider die Landschafft/ da sie das tempus contractûs præcisè beharren sollte/ wenig auszurichten seyn dörffte: es wäre dann Sach/ daß der Herr Darleiher gnugsam/ und wie sichs zurecht gebühret/ darthun könte/ daß die hergeschossene zehentausend Gulden/ ohne einigen Schaden der Landschafft/ zu Abzahlung dergleichen Schulden/ so sie ohne dessen mit gutem Geld ablösen müsten/ angewendet worden. Uf

welchen Fall nicht zwar summo & stricto jure (quo fortassis & hoc casu tempus contractûs attendendum foret) sondern ex æquo & bono, ne debitores cum detrimento & injuria Domini Creditoris locupletiores fiant, die Landschafft das Anlehen mit gutem und jezo gangbaren Geld abzutragen schuldig seyn mögen/ *arg. l. nam hoc. 14. ff. de condict. indeb. & l. jure naturæ. 206. ff. de Reg. I.*

Belangend aber die Condictionem usurarum indebitè & ultram modum solutarum, halten wir dafür/ daß die Landschafft damit keines weges hinaus langen werde. Dann daferne iztangeregter massen sie das Capital mit gutem Geld zu bezahlen verbunden/ würde es auch mit den Zinsen Zweifels ohne seine Richtigkeit haben: da aber der Valor, qui tempore contractûs fuit, attendiret werden sollte/ hätte sie ihr doch per solutionem ex crassa & supina vel facti vel juris ignorantia factam, so weit præjudicirt/ daß sie weder der Condictione indebiti nuzlich sich gebrauchen/ noch auch Sorti dieselben imputiren möge. *arg. l. 9. C. ad Leg. Falcid. l. 10. C. de jur. & fact. ignorantia. &c.*

LVI.
Fideicommissum an furioso competat?

DJe überschickte Facti Speciem samt denen darzu gehörigen Beylagen haben wir collegialiter verlesen/ und allen dabey befindlichen Umständen nach mit Fleiß reiflich erwegen:

Hat demnach die 1. Frag (unsers Erachtens) keinen sonderbaren Zweiffel; Indeme das Schm. Testament ausdrücklich und klar disponirt/ daß wann keiner vom Mannlichen Stammen der Schm. mehr vorhanden/ alsdann das Fideicommiss auf die älteste Weibs-Person aus dem Geschlecht fallen solle/ nach Ausweiß des mitgeschickten Extracts, §. Sollte es aber 2c. Wann dann der Manns-Stamen nunmehro abgangen/ und Fr. Marg. Salome von Schm. die Aelteste des Geschlechts ist/ als kan berührtes Fideicommiss Niemand anders als ihr heimgefallen seyn. Und zwar ohne Unterschied/es wäre gleich dasselbe

bey

bey dem blöd-sinnigen Bruder zulezt gewesen oder nicht: sintemal dieses Orts nicht so sehr auf den lezt lebenden Fideicommissarium, als uf des Testatoris Meynung und Disposition zu sehen / welche/ dieweil sie klar und deutlich genug gesetzet/ billig zu observiren/ *l. ex facto 35. §. rerum autem. 3. ff. de hered. instit. Novell. 22. c. 2.*

Bey der 2. Frage scheinet ein Unterscheid zu machen/ zwischen des blöd-sinnigen Schm. erb- und eigenthumlichen Gütern / und dem Jar. Fideicommisso. Dann mit demjenigen / so er von seinem Vatter oder sonsten ererbet/ hat es seine Richtigkeit/ daß dieselbe bey ihn biß an seinen Tod verbleiben / noch uf einige Weiß und Wege ihm können entzogen werden. Furor enim Successioni impedimento non est, nec superveniens cuiquam dominium rerum suarum aufert, per nota & vulgata jura, cui concordat Jus Bohemicum. *Sub lit. E.* Anlangend aber das Fideicommissum, ist die Dispositio in dem Schm. Testament etwas zweiffelhafftig: indeme nicht allein die Herren bey der Böhmischen Land-Tafel/ nach Ausweiß *Lit. C. D.* sondern auch die Röm. Keiserl. Majestät selbst solche dahin verstanden/ daß diß Fideicommissum dem blödsinnigen zugefallen/ und von seinem Bruder Albr. Johañ nur Curatorio nomine administrirt und besessen worden / wie aus den Beylagen *sub Lit. G. H. I.* mit mehrerm zu sehen ist. Und diese Meynung hat ihr Fundament theils in dem Testament selbst / da dem jüngern Vettern das Fideicommiss nur bis an seinen Tod innzuhaben und zu geniessen gestattet wird/ also der Aeltere blöd-sinnige ipso jure fideicommissarius heres muß gewesen seyn; theils in supra allegato jure Bohemico, da dem blödsinnigen das Erb zufället/ und von dem Curatore vel testamentario vel legitimo administriret werden soll. *Sub Lit. E.* Cui juri testator in dubio se conformare voluisse credendus est. *arg. l. heredes mei. 57. §. cùm ita 1. ff. ad SCt. Trebell. ibique Bart. Argent. Cons. Vol. 1. Cons. 23. n. 173.* Hingegen hat Albr. Joh. Schm. den §. des Jar. Testaments ganz anderst gedeutet / daß nemlich der blödsinnige ältere Bruder von der Successione fideicommissi ausgeschlossen / er allein wahrer heres fideicommissarius seyn solle: wie er dann auch in hac qualitate anno 1614 bey der Böhmischen Land-Tafel sich in die Schm. Güter einführen lassen / nach Ausweiß der Beylag *sub Lit. B.* welcher Verstand dann dem Testament nicht zu entgegen seyn scheinet: sintemal darinnen klar verordnet/ daß der nächste Vetter sich in das Vermögen uf obberührte Weise solle einführen lassen / und den blöd-sinnigen

Vettern mit Nohtdurfft/ seinem Stand gemäß versehen. Aus welchen Worten ohnschwer der Schluß zu machen/ daß Albr. Joh. Schm. pro herede fideicommissari, der blöd-sinnige aber nur pro alimentario zu halten sey. Und bringet keine Hinderuung/ daß hinzugesetzet ist: und dasselbe innhaben und geniessen bis an seinen Tod; quoniam hæc natura fideicommissi est, quod fideicommissarius eo uti frui debeat, post mortem autem proximo agnato, vel quem Testator vocavit, illud restituendum sit. *l. peto. 69. §. fratre. 3. ff. de Legat. 2.* So irret auch das angezogene Böhmische Recht wenig/ oder nichts/ als welches von den Eltern und Kindern/ von Vatter und Sohn/ und zwar in Casu Successionis ab intestato ausdrücklich handelt; in quibus terminis man diß Orts gar nicht/ sondern in Successione testamentaria & fideicommisso versiret/ in quo voluntatem defuncti spectari convenit. *d. l. 57. §. 1 ff. ad SCt. Trebell.* Nichts desto weniger halten wir unvorgreiflich dafür/ daß die erste Auslegung des Testirers Meynung und der Billigkeit selbst am meisten beystimmet. Dann 1. ist im Testament ja klar gnug versehen/ daß diß Fideicommissum allezeit auf den ältesten Vettern fallen/ und wann etwan derselbe aus GOttes Verhängnus nicht bey gesunden Verstand wäre/ der nächste solches iñhaben und geniessen/ jedoch den Blödsinnigen mit aller Nohtdurfft/ seinem Stande gemäß/ versehen solle/ nach Ausweiß des Extracts, *sub Lit. A.* Welche Verordnung dann dahin zielet/ daß der nächste Vetter zwar die Tage seines Lebens das Fideicommiss, tanquam aliàs Curator legitimus, geniessen/ aber wann der Blöde wiederum zu seinem Verstand kommen würde/ (wie dann diß Orts allezeit noch Hoffnung gewesen) er ihme solches wiederum abtretten und die völlige Administration einraumen solle. Dann 2. keines weges zu vermuten/ daß der Testirer seinen blöden Vettern/ deme er doch als Aeltesten sonsten das Fideicommiss verneinet/ ohne einiges sein Verschulden/ gänzlich auch uf den Fall/ da er durch GOttes Hilff wiederum zum gesunden Verstand gelangen möchte/ ausschliessen wollen/ sondern vielmehr dahin gesehen/ daß das Fideicommissum ejusque dominium dem Blödsinnigen verbleiben/ der Usus fructus aber auf den nächsten Vettern/ mit gewisser Maß und sub conditione suprà dicta, kommen solle. Semper enim ita facienda est interpretatio, ut magis dilectus præferatur minùs dilecto,

per Gloss. & Bart. *in l. si mater. 23. §. 1. ff. de vulg. & pupill. subst.*
Ant. Fab. *in Cod. lib. 6. tit. 20. def. 14. n. 9.*
Carpz. *p. 3. Const. 8. def. 9. n. 10.*

3. Kom-

3. Kommet auch das oben allegirte Böhmische Recht darzu/ sub Lit. B. welches/ ob es wol de Successione ab intestato redet/ so kan es doch auch uf diesen Fall nicht unfüglich gezogen werden; quoniam testator in dubio secundum jus successionis ab intestato disposuisse intelligitur. *Argent. Cons. Vol. 1. Cons. 62. n. 37.* Und irret nicht/ wie Albr. Johann das Jar. Testament verstanden/ oder wie er sich in die Fideicomiss-Güter einführen lassen: theils weil solches erroneum gewesen war/ und also Niemand præjudiciren können: theils weil die Kaiserl. Majestät und Dero Hochansehnliche Rähte die Einführung nicht anders/ als Curatorio nomine, verstanden haben/ wie bereits oben aus den Beylagen sub lit. H. I. erinnert worden.

Die 3. Frag hat (unsers Ermessens) keine besondere Difficultät. Dann obwol sonsten in Rechten versehen/ quod conditio existens retrohatur ad tempus contractûs. *l. potior 11. §. 1. ff. qui potior in pignor. l. nec emtio. 8. ff. de contrab. emt.* so hat doch solche Regula ihre gewisse Abfälle/ und kan ohne dessen hieher mit Bestand nicht appliciret werden; alldieweilen nicht allein das Jus Fideicommissi bey dem Blödsinnigen gewesen/ sondern auch dem verstorbenen Albr. Johann die Administratio und Ususfructus nicht sub conditione, sondern purè im Testament gegeben/ und nur die Restitution theils in casum recuperatæ sanitatis, theils auf den Todtes-Fall gestellet werden; Wann dann nun dieser Fall sich ereignet/ so ist das Fideicommissum einen Weg als den andern bey dem Blödsinnigen verblieben/ und die Administratio cum Usufructu, auch nach dessen tödtlichen Hintritt/ das Fideicommissum selbst uf die Frau Schwester erblich gefallen; sowol nach den Böhmis. Rechten/ (davon Abschrifft sub Lit. E.) als des Testatoris Meynung/ welcher klärlich verordnet/ daß nach Absterben des Männlichen Stammes/ (wie bey diesem Blödsinnigen geschehen) diß Fideicommiss auf die Aelteste weiblichen Schm. Geschlechts gänzlich fallen sollen: wie aus beygelegtem Extract sub Lit. A. mit mehrern zu sehen. Und folget ganz nicht/ der blödsinnige Bruder ist in solchem Zustand verstorben. Ergò muß das Fideicommiss dem schon abgeleibten Albrecht Johann retrahirt/ und dahin explicirt werden/ daß er der Zeit rechtmäßiger Ficommissarius heres und nicht bloser Usufructuarius gewesen sey: theils weil das Fideicommissum bey dem Blödsinnigen bis an seinen Tod unverruckt geblieben/ wie bereits oben erwehnet: theils weil A. Joh. den Tod des Blödsinnigen nicht erlebet/ und also nichts von ihm erben/ noch

einiges Recht uf den Fiſcum, oder jemand anders transferiren können/
arg. l. ſi pœnam. 24. & l. ſeq. ff. quand. dies legal. vel fidei-comm. ced.
Geil. *2. obſerv. 132.*
Bernh. Græv. *2. Pract. concl. 132.*

4. Wann ſchon die Zeit zuruck gezogen werden ſollte/ wie nicht geſchehen kan/ ſo hätte dannoch Albr. Johann das Fideicommiſſum zum Præjudiz der Frau Schweſter/ auf die es nach des iezten Schm. Tod ohnfehlbar fallen ſollen/ nicht verwircken können. Res einim fideicommiſſo ſubjectæ ad extraneos heredes regulariter non transeunt,
l. filiusfamiliâs 114. §. divi. 14. & ſeqq. ff. de legat. 1.
Carpz. *p. 3. Conſt. 20. defenſ. 21. n. 2.*
Fiſcus autem heredis extranei loco eſt. *arg. l. eorum. 9. ff. ad l. Jul. majeſt. l. 4. ff. de Jur. Patronat.* ideòque bona ejusmodi propter delictum Poſſeſſoris confiſcari, vel in fiſcum redigi nequeunt: cùm is qui contrahendo alienare in præjudicium tertii non poteſt, nec delinquendo præjudicare poſſit.
Bart. *ad l. Imperator. 12. ff. de fideicomm. libertat.*
Peregr. *de jur. ſiſc. lib. 5. t. 1. n. 99. & Dd. comm.*
Quamvis enim nonnulli contrarium ſtatuant, eamque opinionem communem dicat. Alciat. *Conſil. 783. n. 1.* tamen prior opinio & verior & communiùs recepta eſt, ut rradit
Jul. Clar. *lib. 5. Sent. § fin. qu. 78. n. 10.*
Roſenth. *de feud. c. 11. concl. 9. n. 20. & ſeqq. aliquot.*
und ſolches um ſo viel deſto mehr/ weil die Frau Schweſter dieſes Fideicommiſſum nicht von ihrem Brudern ererbet/ ſondern von dem Teſtatore erlanget: quippe in fideicommiſſis ſtrictè loquendo, teſtatori ſucceditur, licet largè loquendo fideicommiſſarius etiam gravato ſuccedere dicatur.
Magon. *Deciſ. Luc. 83. num. 27.*
Fuſar. *de Subſtit. qu. 274.*
Tubing. *p. 1. conſ. 11. num. 215.*
Glock. *tom. 3. Conſ. 182. num. 469.*
Welches Recht dann ihr der Frauen/ tanquam perſonæ innocenti, alterius dolo vel delicto nicht hat mögen entzogen werden/ *arg. l. electio,*

lectio. 26. §. fin. ff. de noxal. action. Nam propria duntaxat damnati bona publicantur, non etiam ea, quæ à genere vel à majoribus provenerunt, *l. 3. ff. de interdict. & relegat.*

Ant. Perez. *ad t. C. de bonis proscriptor. n. 10.*

Und mit diesen gemeinen Rechten stimmen überein sowol die Böhmis. Lands-Ordnung/ da die Fideicommissa von der Confiscation eximiret seyn/ und kein ungetheilter Bruder dem andern etwas verwircken kan; als auch Keisers Rudolphi II. Statibus Bohemiæ anno 1608 concessum Privilegium, daß die Fideicommiss-Güter propter crimen læsæ Majestatis nicht confiscirt werden könnten noch sollten/ wovon Nachricht sub Lit. H. mit mehrerm zu finden.

5. Solchen gemeinen und Land-Rechten auch ertheiltem Privilegio ganz zuwider hat Keiser Ferdinandus II. glorwürdigster Gedächtnuß und jezt regierende Keiserl. Majestät per legem generalem verordnet/ daß in crimine læsæ Majestatis primi capitis, wann sich jemand solcher Rebellion theilhafftig machen würde/ welche vielen gemein ist/ und mit Kriegs-Macht gedämpffet werden müste/ nicht allein des Delinquenten allodial- sondern auch fideicommiss- und Lehen-Güter dem Königlichen Fisco verwirckt und verfallen seyn sollten: da aber jemand in crimine læsæ Majestatis sich vergriffe/ jedoch des kostbaren Kriegs-Zwangs dabey nicht bedürffte/ der Königliche Fiscus allein den Usumfructum der Fideicommiss- und Lehen-Güter bis an des Delinquenten Tod geniesen und behalten/ nach Ausweiß der Beylag sub Lit. K. da dann zwar ausser allen Zweiffel/ daß ein jeder König und Herr in seinem Lande die alten Rechte abthun/ und neue seines Gefallens zu machen/ wol befugt seye.

per text. in §. pen. Instit. de jur. nat. Gent. & Civ. quibus 32. in f. ff. de legib.

Allein werden dergleichen neue Gesetze und Ordnungen regulariter und insgemein de negotiis futuris, non præteritis & jam compositis verstanden: Leges enim & Constitutiones futuris certum est, formam dare negotiis, non ad præterita facta revocari.

l. 7. C. de legib. l. pen. C. de Decurion. lib. 10. l. adsiduis f. §. ult. C. qui potior in pign. ibique.

Sichard. *num. fin. c. ult.* ✗. *de Constit. & ibi Canonistæ.*

Argentor. *Vol. 2. Cons. 1. n. 169.* Joh.

Joh. Georg. Bezold. *inter Conf. Tubing. p. 3. Conf. 112. n. 7.*

Und wann sie schon in præteritum etwas verordnen sollten/ (wie in gewiss n Fällen wohl geschehen kan/ *d. l. 7. C. de Leg. ibique Gloss. & Dd. l. ult. C. de pact. pignor.*) so müssen sie doch tanquam novæ & exorbitantes strictè genommen/ und ad consequentias keines weges gezogen/ *l. quod. v. 14. ff. de legib. & l. 141. ff. de R. I. ibique Gloss. & Dd.* sondern ne cuiquam in jure legitimo quæsito fiat præjudicium, de rebus quidem & negotiis præteritis, sed nondum judicio, vel transactione decisis gedeutet und ausgeleget werden. Nam in rebus transactis vel judicatis, etiamsi appellatum sit, Leges novæ nemini præjudicant.

d. c. ult. X. de Constit. & n. 115. C. 1. inf.

Ant. Perez. *ad tit. C. de legib. n. 8.*

Nun ist aber die Novella sub Lit. K. eine exorbitans und correctoria Constitutio, welche diesem Fideicommisso (so vorlängst/ noch vor dem Böhmischen Unwesen/ seine Richtigkeit gehabt/ und dem Blödsinnigen zu Gefallen/ auch hernacher von Ihrer Keiserl. Majestät solches confirmirt worden/ nach Ausweiß der Beylagen sub Lit. H. I.) keinen Nachtheil bringen mag/ um so viel desto weniger/ weil in der Novella ausdrücklich versehen/ daß die vom Delinquenten possedirte fideicomiss- und Lehen-Güter confiscirt werden sollen/ Albrecht Johann aber die Fideicommiss-Güter niemals possediret/ sondern nur curatorio nomine ingehabt und genossen/ wie bereits oben erinnert worden.

Bey der 6ten Frag scheinet ein Unterschied zu machen/ ob dieser Sache wegen einige widrige Explication vorhero wäre gemachet/ oder ob einige hätte gemachet werden können?

Das erste membrum quæstionis ist facti, und wird nicht vermutet/ sondern muß erwiesen werden. Facta enim non præsumuntur, sed probari debent. *l. adseveratio. 10. C. de non num. pecun.* Jas. *l. sciendum. 30. ff. de V. O.* zumaln weil diß Orts eine ganz widrige præsumtion vorhanden/ indeme erst anno 1631 die vorige (sowol communia als Bohemica) Jura cassiret und aboliret werden/ welcher es nicht bedörfft/ wann bereits vorher einige dergleichen Dispositio ergangen wäre. Das andere ist juris, und zwar ferè indubitati, cum cuivis Regi & Principi liceat, abrogatis legibus prioribus, novas substituere. *l. de quibus. 32. in ff. de legibus, l. ult. ff. de constit. Princip.* jedoch uf Maß und Weise/ wie bey vorhergehender Frage bereits nohtwendige Anregung geschehen.

Die

Die 7. Frag bedarff keiner weitläufftigen Ausführung. Dann weil die Helfft des Sigm. Schm. allodial Verlassenschafft dem blödsinnigen Sohn sowol ex testamento als ab intestato gebühret und zugestanden / hat solche uf Niemand anders / als diejenige noch lebende Schwester kommen und fallen können. Fratres enim germano intestatò sine descendentibus & ascendentibus defuncto (wie diß Orts geschehen) sororem unicam exclusis omnibus in allodialibus succedere, expediti juris est. *§. cæterùm. 3. Instit. de legit. adgnat. Success. Nov. 118. c. 3. Auth. itaque C. communia de Success.*

Uff die achte Frage zu kommen / so ist sonsten versehenen Rechtens / quod dos, legitima &c. non ex fraternis bonis, sed ex patris hereditate peti debeant. *arg. l. capite. 19. ff. de rit. nupt. l. ult. C. de dotis promiss. l. cùm plures. 12. §. pen. ff. de adm. & peric. tutor. vel curat.* allein weil der Schwester die angezogene Jura vi testamenti paterni und Königlich Böhmischen Land-Brauchs gebühren sollen / wie in ipsa Facti Specie gemeldet wird / bleibet die Difficultas darinn / ob diese Jura per Confiscationem zugleich cassirt und aufgehoben worden. Da dann nicht allein die Kaiserlichen Novella sub lit. K. general, und sowol die Fideicommiss und Lehen-Güter als alle andere der Confiscation unterwürffig machet; sondern auch die gemeine Rechte in crimine læsæ Majestatis primi capitis den Söhnen gantz nichts / den Töchtern aber nur die falcidiam oder quartam ex bonis maternis gestatten / per textum expressum, *in l. quisquis, 5. §. ad filias. 3. C. ad l. Jul. Majest.* In cujusmodi terminis wir diß Orts (ubi non de maternis, sed fraternis bonis agitur) gantz nicht versiren.

Nic. Boër. *Decis. 7. num. 6.*

Jul. Clar. *5. Sent. §. læsæ Majest. n. 9. & §. ult. q. 78. n. 1.*

Nichts desto weniger seynd wir der ohnvorgreifflichen Meynung / daß die Confiscatio der Helffte des jüngern Brudern von der väterlichen allodial Erbschafft / der Frau Schwester an ihren habenden Rechten und Forderungen nicht schädlich seyn könne. Dann 1. werden nur des Rebellen eigenthümliche Güter confiscirt /

arg. l. si mandavero. 22. §. 15. cujus. 5. ff. mand. ibiq; Dd.

Peregr. *de jur. fisci. lib. 5. tit. 1. n. 132.*

Der Frau Schwester prætendirte Jura seyn niemals des Delinquenten gewesen / sondern ihr der Frau Schwester vi testamenti paterni und

Königlichen Böhmischen Land-Brauchs gebühret/ wie ex facti specie bereits oben erinnert worden. Cujusmodi bona etiam in crimine perduellionis jure communi à confiscatione exemta esse, colligitur *ex leg. eorum. 9. ff. ad l. Jul. Majest. l. 4. ff. de Jur. Patronat. l. 3. ff. de interd. & relegat.* Jul. Pac. *cent. 6. q. 64.* 2. Bona publicata in fiscum transeunt, cum suis oneribus, *l. in facto. 60. §. 1. ff. de condit. & demonstrat. l. statius. 49. §. 1. ff. de jur. fisc.* Peregr. *d. t. 1. n. 74.* Unde non tantùm creditoribus satisfacere.

Ægyd. Boss. *t. de bonor. publicat. n. 11. & seqq.*
Clar. *d. q. 78. n. 29. & Dd. comm.*
teste Cravett. *consil. 265. num. 7.*

Sed etiam filias dotare fiscus tenetur. Alex. ad Bart. *in l. quæsitum. 2. §. 1. ff. de privil. credit.* Sive propter crimen perduellionis, sive ob aliud aliquod bona publicata fuerint.

Ægyd. Boss. *t. de crim. læsæ Majest. n. 134. & Dd. comm.*
teste Franc. Bec. *Cons. 8.*

Et hanc opinionem secutus est Siciliæ Rex Ferdinandus, qui filias Principis Rosani, criminis læsæ Majestatis rei, honorificè dotavit, ut tradit Matth. de Afflict. *in c. prima. §. præterea Glossa 3. num. 8. Quæ fuit prim. benefic. amitt. 2. F. 24.* & And. de Isern. *relatus à Roland. à Valle lib. 2. cons. 73.* aliud quoad crimen perduellionis videtur Peregr. *d. t. 1. n. 76.* Verùm à communi opinione in judicando recedendum non esse post Dd. rectè monet Schrad. *tr. feud. part. 9. princ. p. 2. Sect. 3. num. 130.* Idem dicendum volunt de Legitima videlicet & illam liberis ex bonis publicatis reservandum esse. Joh. Petr. de Ferrar. *in forma inquisitionis. Gloss. ult. n. 2. & Dd. comm.* Peregr. *t. d. 1. num. 34. etiam in crimine læsæ Majestatis, secundum Angel. cons. 357. in secundo dubio.* Rigor enim iste *d. l. quisquis. 5. C. ad l. Jul. Majestatis.* quoad liberos moribus nostris non servatur, ut notat Angel. *ad l. fin. n. 4. C. de abolitionib.* Clar. *d. §. læs. Majest. n. 14.* 3. Ist die Novella sub Lit. K. exorbitans & correctoria, und mag demnach auf diese Jura, davon nicht die geringste Meldung darin geschiehet/ mit Bestand nicht gezogen werden/ *arg. l. quod r. 14. & l. seq. ff. de legib. & l. quod contra 141. ff. de R. I. ibique Gloss. & Dd.* sondern muß bey dem Testamento paterno und Königl. Böhmischen Land-Brauch dergestalt verbleiben/ daß obangeregte Jura der Frau Schwester von des Brudern portion zuvor pro rata ausgezahlet werden sollen.

Anlan-

Anlangend die neunte und lezte Frag / begreiffet dieselbe 4 unterschiedliche membra, als: de restitutione rerum ipsarum in natura. De fructibus. De deterioratione rerum. De expensis. Da dann 1. klares Rechtens / quod non tantùm heredi, sed & fideicommissario universali corpora ipsa hereditaria restituenda sint. *l. item. 18. §. fin. & l. seq. ff. de hered. petit. l. 2. ff. de fideic. heredit. petit. §. inprimis 2. instit. de fideic. heredit.*

Wesemb. *in ϖ. ff. d. t. de hered. petit. n. 11.*

Bened. Carpz. *lib. 6. Respons. Elect. t. 3. Resp. 32. n. 14.*

Eaque 2. cum fructibus & omnibus accessionibus. *l. item veniunt. 20. cum aliquot seqq. ff. d. t. de hered. petit.* hoc tamen discrimine, quod bonæ fidei possessor tantùm teneatur in id, in quo locupletior factus est. *l. utrum. 23. l. sed etsi. 25. §. consuluit. 11. ff. d. t.* malæ verò fidei possessor de omnibus fructibus tàm perceptis tàm percipiendis. *d. l. 25. §. quod a. 3. & §. seq. l. cum hereditas. 56. ff. eod. t.* Und hindert nichts / quòd aliàs in fideicommissariæ hereditatis restitutione non soleant venire fructus, nisi ex mora, aut cum quis specialiter fuerit rogatus & fructus restituere. *l. in fideicommissaria 18. & l. mulier. 22. §. si heres. 2. ff. ad SCt. Trebell.* Geil. *2. obs. 33.* Menoch. *de arbit. jud. quæst. cas. 256. n. 8.* Peregr. *de fideicomm. art. 49. n. 20. & seqq.* dann die angezogene Textus von Dd. ganz in andern terminis reden; quia videlicet hereditas ab herede gravato fideicommissario restituenda est: quo casu fructus in restitutionem non veniunt: at, quando fideicommissarius ab alio possessore bona hereditaria vel fideicomisso subjecta petit, fructus aliæque accessiones eo, quo dictum modo præstari debent. 3. Wann die Verwahrlosung und Deterioration der Erb- und Fideicommiss-Güter zur Gnüge / und wie sichs zu recht gebühret / zu erweisen / müste solches wieder erstattet und gut gemachet werden; quoniam in omnibus restitutionibus rerum etiam per Legatum aut fideicommissum relictarum dolus & culpa præstanda est. *l. cùm res. 47. §. culpa. 5. & l. si servus. 108. §. cum quis 12. ff. de legat.* 1. Quod si verò absque culpa possessoris res deteriores redditæ fuerint, damnum ipsius fideicommissariæ erit. *arg. mulier. 22. §. Sed enim. 3. l. deducta 58. §. cum. a. 6. ff. ad SCt. Trebell. adde Carpz. de Respons. 32. n. 9. seqq.* 4. Zu geschweigen / quod fiscus neque victor litium expensas exigat, neque victus solvat. *arg. l. fin. C. de fruct. & lit. expens.*

Boër. *Dec. 324. n. 1.* Peregr. *d. tr. de jur. fisci. lib. 7. in f.*

So pflegen die Expensæ in dubio, quando de temeritate litigantis non ſatis conſtat, nicht refundiret zu werden / *arg. l. præparandum. 13. §. ſive a. 6. & Auth. poſt jusjurandum C. de judic.* wie dann uns nicht wiſſend / wie es mit den Poſſeſſoribus beſchaffen / als können wir auch ihnen die Unkoſten nicht zuſprechen: ſollte aber die temeritas litigantium zu erweiſen ſeyn / wäre die Rechnung leicht zu machen / daß ſie auch die verurſachte Unkoſten erſtatten müſten /

per textum in d. l. 13. §. 6. C. de judic. ibique Gloſſ. & Dd.
Sichard. *ad l. general. 12. §. 1. n. 10. C. de reb. credit.*
Adde *de Expenſ.* Modeſt. Piſtor. *Vol. 2. conſ. 29. n. ult.*
Petr. Weſenbec. *conſ. 31. num. 25.*
Matth. Berlich. *p. 1. concl. 78. in pr. n. 13. & ſeqq. aliquot.*
Caſp. Klock. *Vol. 3. conſ. 187. n. f.*
Argentor. *Vol. 2. Conſil. 30. num. 106. & ſeqq.*

LVII.

Quæſtio: An ſoror ſanæ mentis ſorori mente captæ in poſſeſſione bonorum præferatur?

Die uns vorgelegte Rechtl. Frag: Ob nicht die ältere Schweſter / ſo geſunden Verſtandes auch verheurahtet geweſen / und Erben hat / ihrer jüngſten Schweſter / ſo am Verſtand blöde / in Beſitzung eines eigenthümlichen Erbguts / wann ſie ſelbige zu alimentiren erbötig iſt / vorgezogen werde? haben wir collegialiter mit Fleiß erwogen / und ob wir wohl zu beſſerer Erörterung derſelben / die völligen Acta, oder zum wenigſten das wider die ältеſte Schweſter ergangene Urthel vonnöhten gehabt / ſo haben wir doch uf dieſe generalem quæſtionem, ſo viel wir aus deme / ſo uns communiciret worden / ſchlieſſen können / generaliter zu antworten / nicht unterlaſſen ſollen.

Erachten demnach / in Rechten gegründet zu ſeyn / daß die älteſte Schweſter der jüngſten / die da zwar am Verſtande blöd / aber doch hierdurch

hierdurch der Besitzung und Genusses ihrer eigenthumlichen Güter keines wegs verlustigt ist/ nicht vorgezogen: noch auch ihr die Curatela, quæ virile munus est, & ultra sexum fœmineæ infirmitatis ufgetragen werden könne; sondern gebühre dieselbe dem proximo Agnato, der die blöde Jungfer aus den reditibus boni viri arbitratu zu alimentiren und jährlich deshalben aufrichtige Rechnung zu thun schuldig ist. A. V. R. W.

LVIII.

Depositum. &c.

Demnach ihr uns schrifftlich berichtet/ was massen ihr wegen eines Depositi, oder einer anvertrauten Reiß-Truhen halben/ in unversehene Anforderung gerahten/ und darüber unser Rechtliches Gutachten und Bedencken zu vernehmen begehret; Als haben wir die zugeschickte euers Gegentheils Klag/ sowol auch eure Ablein- und Verantwortung samt den Beylagen mit Fleiß durchlesen/ und collegialiter wohl erwogen. Erachten hierauf/ in Rechten gegründet zu seyn/ daß ob ihr zwar bey Restitution der deponirten Truhen in einem und dem andern wol etwas besser euch hättet in acht nehmen/ besonders an Herrn Capitän einen eigenen Boten abgehen lassen können/ ihr doch/ sowol bey Verwahrung/ als Abfolgung der anverttrauten Reiß-Truhen/ euch also erwiesen/ wie es von einem Ehr-liebenden Mann und getreuen Depositario erfordert wird; und deswegen euch dißfalls keine culpa lata viel weniger dolus, wie in eurer leztern Verantwortung mit mehrerm zur Gnüge ausgeführet/ mit Recht beygemessen werden möge. V. R. W. &c.

LIX.

An vidua propter ſecunda vota ihres Kinds-Theils verluſtiget?

Es wird gefraget: Ob eine Frau/ (deren in der Heurahts-Abrede/ uff den Fall wieder Verheurahtens/ ein gleicher Kinds-Theil vermachet/) wann ſie nach Abſterben ihres erſten Mannes ſich wiederum ehlich einläſſet/ Vermög der Stadt Regensburg Heurahts-Ordnung/ des Kinds-Theils dergeſtalt verluſtig mache/ daß ſie dabey nichts mehr/ dann blöslich ihr Lebenlang den Beyſitz/ oder Abnutzung haben möge?

Da dann pro affirmativa militirt 1. Odium ſecundarum nuptiarum & variæ ab Impp. pœnæ conſtitutæ, *ut videre eſt ex l. fin. C. de bonis matern. l. hac edictal. 6. C. de ſec. nupt. N. 22. c. 20. & multis ſeqq.* quæ nec jure Canonico quidem correctæ ſunt, ut eſt communis & vera Dd. opinio, de qua teſtatur

Matth. de Afflict. *Deciſ. Neapol. 75. num. pen. & ult.*
Geil. 2. *obſ. 98. num.* 8.
Alvar. Valaſc. *t. 1. conſult. 16. num. 3.*

2. Textus expreſſus *in l. fœmina. 3. C. de ſecund. nupt.* ubi Impp. Grat. Val. & Theod. conſtituunt, ut mulier ad ſecunda vota tranſiens, proprietatem eorum, quæ ex prioris mariti facultatibus percepit, perdat, uſufructu tantùm dies vitæ ſalvo. *ubi Gloſſ. & Dd. comm.* adeò, ut etiamſi ex voluntate defuncti ad ſecundas nuptias venerit, à pœnis in favorem liberorum Statutis non liberetur per ea, quæ tradit

Joh. Coraſ. *3. Miſcell. 1. num. penult.*
& Fachin. 3. *Contr. 65.*
Valent. Forſt. *lib. 7. de Succeſſ. c. 13. num. 8.*

3. Stimmet mit dem Jure civili ein auch das Statutum Ratisbonenſe, oder der Stadt Regensburg Heurahts-Ordnung/ in deren gleichfalls ausdrücklich verſehen/ daß die Frau/ ſo ſich wiederum verheurahtet/ alle desjenigen/ ſo ſie von dem verſtorbenen Mann titulo lucrativo be-

kommen/ wiederum verliere/ und nichts mehr als den Beysitz oder usum-fructum ad dies vitæ behalte/ es wäre dann Sach/ daß entweder die Kinder erster Ehe sich ihres Rechtens verziehen/ oder der verstorbene Ehegenoß ausdrücklich ein anders verordnet hätte/ laut beygelegten Extracts, sub Lit. A.

Nun wird zwar 4. dißfalls der andern Verheurahtung in dem Heurahts-Brief/ wie auch des Kinds-Theils gedacht/ aber weder bey jener der Bewilligung/ noch bey diesem des Eigenthums im geringsten Meldung gethan/ dannenhero es bey dem jure comuni und statutario billig verbleibet/ und keine interpretatio, extension statt haben mag/ cùm semper quod expressum non est, pro omisso habendum, *l. quicquid 99. ff. de V. O.* & in dubio contrahentes quàm minimùm à jure communi recedere voluisse intelligantur.

arg. l. si duo 38. ff. de acquir. vel omitt. heredit.

Bart. & Dd. *ad l. heredes mei. 57. §. cum ita. ff. ad SCt. Trebell.*

Matth. de Afflict. *Decis. 226. n. 4.*

ibique Cæsar Ursill. *in addit. n. 6.*

Allein dessen allen/ und was etwan noch mehr diß Orts angeführet werden möchte/ ungeachtet/ halte ich gänzlich dafür/ daß der Frauen an dem ihr in der Heurahts-Abrede vermachten Kinds-Theil nicht allein die Abnutzung/ so lang sie lebet/ sondern auch das Eigenthum/ als plenum dominii jus, gebühre und zustehe. Und solches 1. darum/ weil in der Heurahts-Abrede die andere Ehe nicht verboten/ so gar/ daß uf den Fall/ da selbige vorgienge/ der Frauen dannoch der Kinds-Theil/ und was ihr sonsten ausgezeichnet/ einen Weg als den andern hindanzunehmen verordnet wird: Daraus dann der Schluß ohnschwer zu machen/ daß die anderwertige Verheurahtung dem verstorbenen Ehegenossen nicht zuwider gewesen/ also zu seiner Zeit mit seinem Willen wohl vorgehen mögen: sonsten würde er uf solchen Fall vielmehr seiner Haus-Frauen das Eigenthum entzogen/ als simpliciter dasjenige/ was oben ausgezeichnet/ vermachet haben. Quando autem mulier cum consensu prioris viri secundo nubit, *pœna d. l. 3. C. de secund. nupt. non afficitur,*

ut notat Bald. *ad d. l. 3. Roman. Cons. 219. n. 2. & 5.*

Geil. *2. obs. 98. num. 19.*

adeò ut etiam tacitus mariti consensus sufficiat,

docente

docente Menoch. *Conf. 470. num. 8.*
Bern. Græv. *Pract. concl. lib 2. concl. 98. n. 16. & Dd. comm. ut fatetur ipse Coraf. d. loco.*

A qua communi opinione in praxi temerè recedendum non eſt, per ea, quæ poſt alios à ſe allegatos tradit Everh. *in Top. loc. à contrario ſenſu 82. n. 43.* und zwar um ſo viel deſto weniger / weil das Satutum Ratisbonenſe zuſtimmet / wie aus beyliegenden Extract ſub Lit. A. zu erſehen iſt.

2. Obwol in der Heurahts-Abrede des Eigenthums nicht ausdrükl. gedacht / (welches das Statutum Ratisb. erfordert) ſo wird doch das Wort (hindannehmen) allda geſunden / welches dem lateiniſchen (capere) correſpondirt, capere autem eſt cum effectu recipere. *l. aliud 71. ff. de V. S.* ut aceipiens ſtatim dominus vel quaſi fiat, nec res ab invito avocari poſſit. *l. non videtur. 13. & l. ex qua perſona. 149. ff. de R. I. Coſtal. ad l. fin. ff. de condict. cauſ. dat. cauſ. non ſecut.* Gœdd. *ad d. l. 71. n 3. ff. de V. S.* dannenhero wenig dran gelegen / ob dieſes oder jenes Wort geſetzet / cùm nihil referat, utrùm ex æquipollentibus fiat, vel ponatur, *l. mulier 22. pr. ff. ad SCt. Trebell. ſi mater. ibiq; Gloſſ. C. de inſtit. & ſubſtit.* Everh. *in Top. loc. ab æquipoll. 101.* Nicol. Varenbüler *inter Conſ. Tubing. Vol. 1. conſ. 13. n. 22.* & expreſſum illud dicatur, quod licet verbis ſpecificis non exprimatur, tamen ex mente vel ratione tacitè colligitur. *l. prætor ait. 20. §. 1 ff. de nov. operis nunc. ibiq; Gloſſ. & Dd. comm.*

3. Wird in berührter Heurahts-Abrede eben in dem §. noch ferners verordnet / daß das übrige den Kindern in E. E. Vormund-Amt verſichert und verwieſen werden ſolle. Daraus dann der Schluß leichtlich zu machen / daß gleichwie das übrige den Kindern zweiffelsfrey im Eigenthum und Genuß angewieſen worden / alſo auch der Frauen ausgeſeztes ihr völlig / ſowol im Eigenthum als Genieß / folgen und bleiben müſte. Quemadmodum enim præcedentia declarant ſequentia, ita viciſſim ſequentia declarant præcedentia, *arg. l. legatorum petitio, 33. §. 1. ff. de legat. 2. ibique* Bald. *l. ſi cùm fundum. 126. ff. de V. S. ibique* Bart.

4. Wann in offt gemeldtem §. nichts anders enthalten / als daß die Frau den Kinds-Theil / ſo lang ſie lebet / zu genieſſen haben ſollte / ſo wäre

wäre die Verordnung ganz vergebens / alldieweil auch ohne dieselben aus dem vorhergehenden §. solches ihr zweiffelsfrey gebühren würde / verba autem in dispositionibus non debent esse otiosa, sed semper aliquid operari,

arg. l. si stipulatus 4. ff. de usur.
Bald. *ad rubric. C. de contrahend.*
Geil. *2. obs. 28. n. 3. Vol. Cons. Argent. 6. n. 42.*

Und irret nichts / was pro contraria opinione de secundarum nuptiarum odio & pœnis angeführet worden; theils weil solches nicht simpliciter, sondern si secundę nuptię nullo laboraverint vitio, sed honestæ sint, ut probat Arnisæus *de jure connubiorum c. 5. sect. 6.* theils dieweil diese Generalitas sowol per Jus civile als Statuta nicht wenig restringiret worden / quemadmodum aliàs in toto jure generi per speciem derogari solet,

l. in toto. 8. ff. de R. I. ibique Gloss. & Dd.

Gleiche Beschaffenheit hat es mit den übrigen Rationibus dubitandi, welche aus den angeführten Rationibus decidendi leichtlich abgeleinet werden mögen.

Solchem nach bin ich der gänzlichen Meynung / daß bey so bewandten Sachen und Umständen der Frauen dasjenige / so ihr in der Heurahts-Abrede ausgesetzet / in Eigenthum und Genieß folgen und verbleiben solle. V. R. W. rc.

LX.

De Jure prioritatis, in venditione bonorum.

OB ich wohl wegen überhäuffter Geschäffte nicht allein wenig Zeit übrig / sondern auch dieser Orten mit nohtwendigen Büchern ganz nicht versehen; so habe ich doch uf Begehren die mir zugestellte Acta, in Sachen Aetting- und Murrischen Vormünder an einem und Frau Cath. Fischerin andern Theils / durchlesen / und nach fleißiger

Erwegung so viel befunden/ daß in demselben dieses vornehmlich in Disputat und Zweifel gezogen wird/ nehmlichen:

Ob die Frau Fischerin befugt/ vermög des getroffenen Haus-Kauffs/ ihre drey Schuld-Posten an dem Kauf-Schilling innen zu behalten/ oder aber die Aettingerische und Murrische Pupillen wegen der prætendirten Læsion ihr vorgezogen werden sollen?

Nun hat es zwar anfänglich das gänzliche Ansehen/ als könnte besagte Frau Fischerin mit Recht nicht besprochen noch angefochten werden. Dann 1. hat sie das Priorität-Urthel lauter vor sich/ indem die Aettingerische und Murrische Pupillen mit ihrer Forderung nicht auf das verkauffte Haus/ sondern theils auf einen Chur-Pfälzischen Schuld-Brief nach Amberg/ theils auf des Aettingers Sohn erster Ehe angewiesen worden/ welches Urthel/ dieweil davon in gehörter Zeit nicht appelliret/ und also in rem judicatam erwachsen/ keines wegs mehr revocirt und umgestossen werden mag/ wie in der Fischerin Duplica mit mehrerm ausgeführet worden. Und ob man wohl dagegen einwenden möchte/ daß die Wittib dieser Exceptioni rei judicatæ ipso facto renunciret/ indeme sie uf des löblichen Vormund-Ambts Erinnerung sich in ein neues litigium eingelassen/ und Exceptionem compensationis opponiret/ *arg. l. si ea. 7. Cod. de his, qui accusar. non poss. & l. juris gentium. 7. §. si paciscar. 13. ff. de pact.* Zas. *in l. judex. 55. n. 9. ff. de re jud.* so ist doch wiederum zu bedenken/ daß nicht allein ein Ehrl. Stadt-Gericht in seiner Erklärung diese Exceptionem rei judicatæ attingiret; sondern auch die Fischerin in ihrer Duplica dieselbe ausdrücklich allegiret/ welches darum gnug zu seyn erscheinet/ quoniam exceptiones peremptorias, qualem & hanc esse constat, ante sententiam quandocunque opponere integrum est, *l. 2. C. Sent. rescind. non poss. l. 4. C. de Exceptionibus.*

Demnach so haben die Pupillen auf dem Aettingerischen Hauß ganz keine hypothecam mehr/ dieweil die Vormünder/ indem sie dem Verkauff beygewohnet/ und expressè darein gewilliget/ jus pignoris remittiret und begeben haben/ *l. 2. l. 4. l. 8. C. de remiss. pignor.* und mag den Vormündern die distinction inter alienationem voluntariam & necessariam, quasi in illa non in hac per consensum jus pignoris remissum intelligatur, wenig vertragen/ theils weil d. l. 8. de necessaria aliena-

alienatione ausdrücklich handelt/ theils weil bey Verkauffung des Hauses auch noch ein andere tacita renunciatio vorgangen; indeme der Braunsmäntel zwar protestiret/ und sein Jus prioritatis ihme reserviret/ hingegen aber die Vormünder es mit Stillschweigen übergangen/ also der Pupillen Recht selbsten tacitè begeben haben. Neque enim ulla alia videtur taciturnitatis hujus ratio, quàm quod assignationi in sententia facta acquiescentes, purè in alienationem consenserint. *arg. l. 4. §. 1. ff. quib. mod. pign. vel hypoth. solv.*

Allein dessen ungeachtet/ bin ich der gänzlichen Meynung/ daß bey so gestalten Sachen die Frau Fischerin sich der Vormünder Anforderung nicht wohl werde entschütten können. Dañ 1. müssen in dem Priorität-Urthel nicht die blosen Worte/ sondern vielmehr der Sensus considerirt und in acht genommen werden: non enim captanda sunt verba, sed qua mente quid dictum, attendendum est, *l. ad exhibendum. 19. ff. ad exhibend.* welcher dann Zweiffels ohne dahin gehet/ daß die Murrische und Rothische Schuld halb von der Aettingerischen und halb von seiner gewesenen Haus-Frau seel. Verlassenschafft bezahlt werden solle: wie solches nicht allein die Relatio auf die Schuld-Verschreibung zu erkennen gibt/ sondern auch ein Ehr-löblich Stadt-Gericht selbst es dahin rechtmäßig erkläret hat. Quamvis enim judex sententiam à se dictam mutare vel corrigere nequeat, *l. judex 55. ff. de re judic.* declarare tamen eandem denegatum ipsi non est, *arg. l. 4. §. 1. ff. de appellat. ibiq; Gloss. & Dd.* Gleichwie nun keine andere/ gewisse und sichere Aettingerische Güter vorhanden/ als eben dieses Hauß; also werden die Murrische Pupillen mit dem halben Theil ihrer Anforderung/ secundum sententiam ejusdemque declarationem, auch billig dahin angewiesen.

Fürs ander haben die Vormündere zwar in dem Verkauff des Hauses gewilliget; allein hâc conditione, ut Creditoribus secundum ordinem in sententia comprehensum de pretio satisfieret. Quæ conditio licet expressa ab ipsis non fuerit, reipsa tamen huic alienationi inesse intelligitur: Non alio quippè fine venditiones ejusmodi fiunt, quàm ut de pretio Creditoribus satisfiat. Quod, cùm hoc nostro casu non factum fuerit, meritò tanquam conditione deficiente, jus pignoris integrum pupillis mansisse dicendum est: parum enim interest, utrum expressa sit conditio, an ex rei natura subintellecta, *arg. l. stipulationem. 21. ff. de jur. dot.* Und obwol Herr Fischer seel. bey dem

Kauff nicht diese/ sondern eine andere Intention gehabt/ nempè ut debitum ipsius cum pretio compensaretur, so solle er doch selbige tanquàm extrinsecam qualitatem exprimirt haben; und weil solches nicht geschehen/ heisset es billig: contra eum, qui legem contractui aptius non dixit, facienda interpretatio, *arg. l. veteribus 39. ff. de pact. sive emtor sit, sive venditor, l. si in emtione, 34. pr. ff. de contrah. emt. ibique Gloss.*

Drittens den ungestandenen Fall gesetzt/ es hätten die Vormündere die Sach übersehen/ indeme sie weder von dem Priorität-Urthel appelliret/ noch auch bey dem Verkauff des Hauses das Jus pignoris expresse reserviret/ so könnte doch solches den Pupillen im geringsten nichts præjudiciren/ als welche einen Weg als den andern das beneficium restitutionis in integrum zu suchen haben würden/ *l 3. ult. C. si tut. vel curat. interven.* da dann nicht vonnöhten/ daß Dolus Adversarii probiret werde/ sondern es ist genug/ wann nur ætas minor, *l. intra, 39. pr. ff. de minor. l. 4. C. eod. tit. & læsio* erwiesen wird/ *l. 9. §. 4. ff. de jurejur.* Und zwar die minorennitas ist diß Orts ausser allen Zweifel/ so findet sich auch die Læsio gnugsam aus den Actis, indeme/ da die gemachte Austheil- und Anweisung also simpliciter und ohne einige rechtmäßige Erklärung behauptet werden sollte/ nicht allein der Aettingerische Pupill erster Ehe um 250 fl. defraudirt/ sondern auch die Murrischen/ dieweil sie auf das Commissariat nacher Amberg angewiesen/ da das Capital noch in vielen Jahren/ die Interesse aber vielleicht gar nicht bezahlt werden dörfften/ durch dergleichen beschwerliche und zum Theil ungewisse Anweisungen nicht wenig lædirt würden.

Anlangend die Rationes dubitandi, so kan denselben aus deme/ so mit wenigen angeführet/ leichtlich begegnet werden/ und zwar 1. hat sich die Frau Wittib mit dem Priorität-Urthel nicht sonderlich zu behelffen/ dieweil dasselbe nicht simpliciter, sondern secundum interpretationem à judice factam verstanden und uff allen Fall die lædirte Pupillen in vorigen Stand gestellet werden müssen/ *per l. pen. & ult. C. si advers. rem judicat.*

So ist auch 2. aus den Actis so viel befindlich/ daß die Vormünder in den Verkauff des Hauses anders nicht gewilliget/ als damit die Glaubiger nach denen ihnen adsignirten Stellen bezahlet werden sollen/

wie

wie oben mit mehrerm erwehnet worden: und irret ganz nichts/ weder *l. 8. C. de remiss. pignor.* als welche de Casu speciali alienationis à fisco factæ ausdrücklich redet: noch auch das Exempel des Braunsmäntels/ dieweil derselbe zugleich mit um das Haus gekaufft/ aber wegen des Herrn Fischers/ so mehr dafür geboten/ zurück stehen müssen/ und also deshalben sein Jus prioritatis ihme zu reserviren/ eine Nohtdurfft erachtet; Allein gleichwie diß ein superfluum gewesen/ also mag es den Vormündern/ und noch viel weniger den Pupillen einigen Schaden oder Nachtheil bringen.

Das übrige/ so noch ferner in den mir zugeschickten Actis difficultiret und in Stritt gezogen wird/ kan aus deme/ so bey der quæstione principali ausgeführet worden/ ohne besondere Bemühung auch decidiret werden.

Und dieses mein weniges Bedencken/ erachte ich denen mir zugestellten Actis und den Rechten gemäß zu seyn. Jedoch eines jeden mehr gegründeter Meynung unvorgreiflich. Actum &c.

LXI.

Ob die Erbschafft/ so der Stiefmutter vermacht/ von den nächsten Erben könne angefochten werden?

DJe uns zugeschickte Facti Speciem samt den angehängten vier Fragen und unterschiedenen Beylagen haben wir begehrter massen collegialiter verlesen/ und mit behörigem Fleiß/ allen Umständen nach/ wohl erwogen; Seynd darauf bey der ersten Frag der gänzlichen Meynung/ daß ob zwar die von den Spörlischen nächsten Befreunden geführte und in ipsa Facti Specie begriffene Ursachen einen ziemlichen Schein haben/ sie dannoch/ das Testament umzustossen/ zu wenig seyn. Dann 1. ist versehenen Rechtens/ daß wann ein Notarius, oder sonst jemand/ im Testament ihme oder denen/ so er in seiner

Gewalt hat/ ein Legatum zuschreibet/ solches zu fordern nicht berechtiget/ und noch darzu pœnâ falsi abzustraffen seye/ *l. si quis 6. l. filius. 14. & l. seq ff. ad l. Corn de falsis. l 1. & tot. tit. C. de his, qui sibi adscrib. l. 1. & l. ult. ff. de his, quæ non script.* Christ. Besold. *p. 6.* Tubing. *Consf. 284. n. 12.* Bened. Carpz. *p. 3. Const. 3. def 9.* es wäre dann/ daß der Testator das Testament mit eigener Hand unterschrieben/ und des Legati ausdrücklich gedacht hätte/ uf welchen Fall es ihme billig abgefolget werden sollte. *d. l. 15. §. planè. 1. ff. ad l. Corn. de fals. l. 51. testator. 2. C. de his, qui sibi adscrib.* Carpz. *d. Const. 3. def. 10.*

Ob nun dieses von dem Testatore observiret worden oder nicht/ und was der Notarius in ein- und dem andern zu suchen befugt/ ist diß Orts auszuführen unvonnöhten: Dieses aber ist ausser Zweiffel/ daß dergleichen Irthum dem Testament und dessen Verordnung keinen Abbruch thun möge. *arg. d. l. 1. & l. ult. ff. de his, quæ pro non script.* Dieweil ejusmodi Legata pro non scriptis zu achten/ und ohne dessen/ tanquam accessoria principale, sive ipsum Testamentum nicht umstossen noch ufheben können/ *arg. §. ante. 34. Inst. de legat. & l. Paulus. 42. ff. de re jud. C. agnot. ad l. cum principalis. 139. in ff. de R. I.*

Wird unter andern Solennitatibus testamentariis nicht allein ein gewisser numerus, sondern auch qualitas testium erfordert/ von demselben aber die Eltern und Kinder des Testirers gänzlich ausgeschlossen/ *per text. express. in §. testes. 6. & §. in testibus. 9. inst. de testam. ordin.* Allein muß diese Exclusio 1. nur von den natürlichen Eltern und Kindern/ und nicht von allen denen/ so etwan propter cognationem vel affinitatem parentum & liberorum loco habentur, verstanden werden/ *arg. d. § 6. & 9. de testam. ordin.* qui tantùm de ejusmodi parentibus & liberis loqvuntur. Und obwol theils der Rechts-Gelehrten solche prohibition auch uf Stief-Eltern und Kinder ziehen wollen/ wie zu sehen bey dem Carpzov. *in jur. forens. p. 3. Const. 4. def. 7.* ubi etiam præjudicium refertur: so geschiehet doch solches absque lege, sine qua quicquam statuere meritò erubescendum est, monente Imper. Justinianeo *in Nov. 18. c. 5.* cùm omnes, cum quibus est testamenti factio, & qui expressè non prohibentur, ad testimonium in testamentis admittantur, *d. §. 6. & §. 9. Inst. de testam. ordin.* aliaque videatur ratio in actibus judicialibus, in quibus testes probationis tantùm causâ adhibentur, adeòq; omnes conjuncti arcentur, per tradita Sichard. *ad*

l. etiam

l. etiam. 2. n. 3. & 4. C. de testib. alia in testamentis, in quibus solennitatis præcipuè gratiâ assumuntur, *arg. l. testis. 9. ff. de testib. junctâ l. qui testamentum. 20. §. per contrarium 2. ff. qui test. fac. poss arg. d. l. 20. §. mulier. 6. & §. seq. junctâ l. Servi. 7. & l. ex eo. 18. ff. de test. &c.*

2. So gehet diese prohibitio und exclusio nicht alle rechte Eltern und Kinder an / sondern allein diejenigen / qui ratione potestatis conjuncti sunt: quippè domesticum testimonium hîc ex potestate æstimatur, ut domestici testes dicantur, qui ex eadem domo sunt: veluti pater nec & is, qui in potestate ejus est: item duo fratres, qui in ejusdem patris potestate sunt. §. *pater. 8. & §. seq. Inst. de testam. ordin.* Unde veriùs omninò videtur, etiam filium emancipatum in patris testamento à testimonio non arceri.

arg. d. l. 20. §. 2. ff. qui testam. fac. poss.
Vigl. Zinch. *ad d. §. 8. & 9. de testam. n. 4. & seqq.*
Donell. *6. comm. 7. ibique Hilliger. lit. N.*
Everh. Borchorst. *Cent. 3. εναντ. αφ. 23.*
Arum. *Exerc. 7. θ. 15.*

Multò ergò minus Vitricus, qui privignum in potestate habere, vel unquam habuisse dici haud potest. *princ. & ult. §. Inst. de patr. potest. l. 3. & 4. ff. de his, qui sunt sui vel alien. jur.* Und gesezt / jedoch absque veritatis præjudicio, es wären unter gemeldter prohibition auch die Stief-Eltern begriffen / so ist doch der Hr. Zeuge / dessen Person dißfalls angefochten wird / propriè loquendo, kein Stiefvatter / als welcher nur des Verstorbenen Stiefmutter zum Weib hat; dergleichen Verwandschafft ad secundum genus affinitatis gehörig / adeoque neque in nuptiis, neque in testimoniis regulariter attendi solita. *arg. C. non debet. pen. X. de Consang. & affinit. ibique Gloss. & Dd.*

3. Lässet sich mit Bestand nicht schliessen / der Testirer hat sich in dem Namen und Demonstrationen der Legatarien / welche ihme als seine Befreunde sonsten wohl bekannt gewesen / geirret: Ergò muß er das Testament nicht selbst wiederum überlesen / noch ihme haben vorlesen lassen; sintemal die tägliche Erfahrung bezeuget / daß man zu Zeiten auch wol in der nächsten Befreunden Namen sich zu irren pfleget: dergleichen Irthum aber weder den Legatis, noch viel weniger dem

Testa-

Testament selbst/ schädlich seyn mag/ wie aus dem §. *si quidem. 29. Inst. de legat.* gnugsam zu ersehen/ und die heredes ab intestato selbst nicht in Abrede seyn.

Wann nun die oben angeführte Einwürffe also aus dem Weg geraumet/ so wollen sich (zu Erörterung der andern Frag zu schreiten) die Fundamenta juris, mit welchen das strittige Testament von der universal Erbin behauptet wrden möchte/ leichtlich finden. Dann 1. ist nach Anweisung des Jurisconsulti Caji *in l. si quæramus. 4. ff. qui testam. fac. poss.* uf die Person des Testirers zu sehen/ an is testamenti factionem habuerit; deindè si habuerit, an secundum Regulas Juris civilis testatus sit. An der Person des Testirers ereignet sich ganz kein Mangel; indeme derselbe seiner Eltern Gewalt/ als welche nicht mehr im Leben/ nicht unterworffen/ adeòque paterfamilias, bey seinem männlichen Alter/ guter Vernunfft/ und sonsten uf keine Weise von der Testamenti factione ausgeschlossen/ *l. verbis. 120. ff. de V. S. ibique* Gœdd. *l. ab ætate. 5. cum seqq. aliquot ff. qui testam. fac. poss. pr. & tot. tit. Inst. Quibus non est permiss. fac. testam.* Mit den Regulis Juris aber hat man sich disfalls nicht aufzuhalten/ alldieweil das Testament nicht nach denselben/ sondern secundum Statuta loci notoriè aufgerichtet worden. In welchen zu Verfertigung des Testaments mehr nicht erfordert wird/ als 1. daß der Testirer/ so seinen lezten Willen die Zeit seines Lebens uneröffnet und verborgen haben will/ solchen entweder selbst durchschreiben/ oder durch eine vertraute Person zu Papier bringen lasse. Dann 2. also unverlesen und verschlossen den hierzu erforderten Zeugen neben dem Stadt-Schreiber oder dessen geschwornen Substituten vorgeleget: 3. von den Zeugen/ uff des Testatoris Bitte und Begehren/ überschrieben und mit ihren Insiegeln verschlossen werden: Und 4. der Zeugen zween/ jedoch entweder des innern Rahts oder Genannten seyn sollen; wie solches alles aus der löblichen Regensburg Statuto, davon uns Copia communicirt worden/ mit mehrerm zu ersehen ist. Nun hat aber der Testator 1. die Schrifft/ darinn sein lezter Will begriffen/ aus seinem eigenen Mund und Angeben stellen lassen. 2. Dieselbe unverlesen den hierzu sonderlich erforderten Zeugen in Gegenwart des Stadt-Schreibers/ geschwornen Substituten/ vorgehalten und vorgeleget. 3. Sie um die Uberschrifft und Sieglung ersuchet und gebetten/ auch sie solche alsobald überschrieben/ und mit ihren Insiegeln verschlossen; Und 4. die Zeugen/ einer des innern Rahts/ der ander ein Genañter

gewesen/

gewesen/ wie so wol des Testatoris als der Zeugen und Substituten Unterschrifft dieses mit mehrerm bezeuget: daß also vigore privilegii Cæsarei an Bestand und Gültigkeit dieses Testaments keines weges zu zweiffeln ist: Cùm Testamentum secundum formam Statuti confectum, non minus valeat, ac si juxta Juris civilis Regulas factum esset per ea, quæ post alios tradit Carpz. *d. p. 3. Const. 4. def. 41.* Die dritte Frage kan aus demjenigen/ so oben bey der ersten Frag deduciret worden/ ziemlicher massen erörtert und des Gegentheils Rationibus begegnet werden. Allein ist noch übrig 1. daß der eine Zeuge der Universal-Erbin Ehemann/ und dannenhero in favorem & comodum uxoris, tanquam in re propria, nicht Zeugnuß geben könne/ *l. nullus 10. ff. & l. omnibus. 10. C. de testib.* darnach daß beeden Zeugen gewisse Legata verschaffet/ und dannenhero auch für sich selbst ein commodum ex hereditate zu hoffen/ nemo autem idoneus testis sit, ad quem emolumentum suo nomine pertinet. *d. l. 10. ff. de testib. l. 1. §. in propria. 11. quando appell.* Hierauf nun ist mit wenigen zu antworten: 1. daß in keinem textu juris zu finden/ quod maritus in testamento, in quo uxor heres instituta est, testis esse nequeat, sondern vielmehr das Widerspiel daraus zu behaupten/ quòd tantùm heres & ii, qui ratione potestatis ipsi conjuncti sint, à testimonio arceantur, *§. sed neque 10. inst. t. d de testam. ordin.* §. Die Notarien/ so zu Testamenten ꝛc. Tit. von Testamenten/ Recess. Imper. de anno 1512. Imò quòd maritus uxori in alieno testamento Legatum adscribere non prohibeatur. *l. uxori 18. pr. ff. ad leg. Corn. de fals. ibique Gloss.* so gar/ daß nach vieler Rechts-Gelehrten Meynung auch in actibus judicialibus maritus à testimonio pro uxore dicendo repellendus non sit, ut fatetur Sichard. *ad d. l. 2. C. de testibus. num. 4.* ubi etiam addit regulam d. l. 2. tantum procedere in testibus, qui in judiciis examinantur; non in Instrumentis, in quibus domestici testes esse non prohibeantur. n. 7. Facit, quod filius emancipatus heredis in testamento testis esse possit, ut docet

Vigl. Zinchem. *ad d. §. 10. de testament. n. 3.*
Guilelm. Mas. *singul. opin. lib. 6. c. 17. n. 7.*

Und solches alles in diesem unserm Fall um so viel desto mehr/ weil der Zeug bey seinem Eid erhalten kan/ daß er um den Inhalt des Testaments nichts gewust habe; quo casu causam istam suspicionis, quasi in favorem uxoris testimonium dixerit, cessare expeditum est. Und irret ganz nicht/ daß uff diese Weise auch der Erbe selbst/ der diese Unwissen-

wissenheit stets vorzuschützen hätte/ sich ad testimonium in testamento ferendum legitimiren könnte/ *contra d. §. 10 Inst. de testam.* Nam alia plenè ratio heredis est, inter quem & testatorem totum hoc negotium, quod testamenti ordinandi gratia agitur, agi creditur, quique adeò sibi ipsi testimonium perhibere non potest. *d. §. 10.* quem tamen olim cum familiæ emtor adhiberi soleret, testem esse potuisse, *ex d. §. 10* satis apertè constat. Neque enim affectionis suspicio, si qua fortè subesse videatur, testem penitus rejicit, etiamsi aliquid fidei detrahat: cùm hic testes omni exceptione majores non requirantur, ut notat Vigl. *ad d. §. 10. num. 3.* 3. Zudem würde dergleichen Mangel/ præcipuè in hoc privilegiato & minus solenni testamento per clausulam codicillarem, quæ expressè inserta est, leichtlich ersetzet. Cujus hic effectus est, ut defectum solennitatum, si fortè non adhibiti sunt septem testes, aut non omni exceptione majores, suppleat, ut docet

Schneidevv. *ad §. pen. & ult. Inst. de Codicill n. 15.*

Christoph. Besold. *Tubing. Conf. part. 5. Consil. 230. num. 21. & Dd. comm.*

zu geschweigen/ daß ohne dessen in dubio diese Meynung vorzuziehen/ quæ testamento favet, ut notat Grammat. *Decis. 103. num. 145. Tubing p 6. Cons. 273. num. 77. & seqq.* adeò ut etiam unius Doctoris opinio, testamento faventis, communi opinioni præferenda sit. *Tubing. p. 4. Cons. 150. num. 53.* Was ferners de commodo, quod ex testamento sperant testes, erwehnet worden/ mag in andern negotiis und actibus wol seine Wirckung haben per textus supra allegatos: aber in den Testamentis & ultimis voluntatibus ist specialiter versehen/ quod Legatarii & Fideicommissarii ad testimonia rectè adhibeantur,

per expressum textum in § legatariis. 11. Inst. d. t. de testam. ordin. ibique Gloss. & Dd. comm.

Anlangend die 4 und lezte Frage/ ist zwar in dem 16 Testaments-Punct bey den Weinbergen diese Conditio ausdrücklich hinangehenkt/ daß solche zum Gedächtniß der Spörlischen erbauet werden sollen. Mit welchen Worten dann der Testator, allem Ansehen nach/ dahin gezielet/ daß seine verlassene Weinberge nach der universal Erbin Tod seinen Befreunden/ den Spörlischen/ zugewendet werden möchten. Allein ist hingegen klärlich verordnet/ daß die gemeldte universal Erbin (welche

der

der Testirer seinen Befreunden ausgewiesen erheblichen Ursachen vorgezogen) die Weinberge nicht allein ihr Leibes Lebenlang hauen und bauen lassen und behalten sollte; sondern auch nach ihrem Tod/ ihrem Belieben nach/ jedoch mit vorgemeldter Condition, verschaffen möge. Weil dann diese des Testirers Worte lauter genug/ und keinen andern Verstand wol leiden/ dann daß der universal Erbin die freye Disposition auch in den Weinbergen gelassen werde/ als muß davon nicht abgewichen/ *l. ille aut ille. 25. §. cùm in verbis. l. non aliter. 69 ff. de legat. 3.* Hieron. Schurff. *Cent. 3. Conf. 82. n. 5.* Cravett. *Conf. 35. n. 6.* noch dieselbe secundum conditionem, quæ propter generalitatem & incertitudinem obscurior est, sondern vielmehr diese condition secundum claram testatoris dispositionem ausgelegt und verstanden werden. Phil. Dec. *Conf. 227. n. 9.* Tubing. *p. 1. Conf. 7. n. 57.* Und kan die angehängte Condition auch wohl auf andere Weis erfüllet werden/ wann nemlich die Erbin auf ihren Todtes-Fall von diesen Weinbergen etwan ein Stipendium, oder sonst ad pias causas der Spörlischen dabey zu gedencken/ ihrem Belieben nach verschaffete. Da dann/ nach des Testatoris Willen und Verordnung/ beedes der universal Erbin die freye Disposition und der Spörlischen Gedächtniß erhalten würde. Voluntas autem testatoris pro lege meritò observanda est. *n. 22. c. 2.*

LXII.

Ein Prælegat und Vorschickung kan nicht alieniret werden.

DEmnach ihr uns eures Vattern Johañ Christoph Marckharts seel. Testamentum inter liberos in originali zugeschicket/ und über einigen strittigen Punct unser Rechtliches Gutachten begehret; Als haben wir solches collegialiter verlesen/ und mit gehörigem Fleiß reiflich erwogen/ sprechen darauf für recht: Hat euer Vatter seel. in berührtem seinem lezten Willen unter andern verordnet/ daß seine Söhne das Hauß/ auf den Vieh-Marckt gelegen/ den Zehenden zu Reichels- und Elwingshofen &c. als ein Prælegat und Vorschickung/

so dem Mannlichen Stamme zu guten aufgerichtet/ ehe und zuvor sie mit ihren Schwestern theilen/ hinaus nehmen und empfahen: auch so obgedachter Söhne einer ohne Leibes-Erben mit Tod abgienge/ desselben Portion oder Angebührnuß allein auf seine Gebrüdere/ und nicht auf die Schwestern/ so lang der Mannes-Stammen in Esse seyn wird/ erblich fallen solle: Und aber sich begeben/ daß die Söhne alle ohne Leibes-Erben verstorben/ also der Mannes-Stam̃ erloschen. So ist euer lezt-lebender Bruder/ solch Prælegatum, tanquam Fideicommissum adeòque restitutioni obnoxium, seiner Frauen zu verheuraten/ oder im Testament zu vermachen/ keines wegs befugt gewesen/ auch da solches geschehen/ das Testament/ so viel dieses Prælegatum betrifft/ zurecht nicht beständig/ sondern ist dieselbe Portion, vermög Vätterlicher Disposition, uff euch und eure Schwestern wieder zurück gefallen. A. V. R. W. R.

NB. Pro Testamento respondet Schurff. *cent. 1. conf. 26.*

Zas. *lib. 2. Conf. 1. & alii.*

Adde Schurff. *cent. 2. conf. 46.*

Contra Testamentum verò Nic. Reusn. *Vol. 1. Conf. 12.*

Giphan. *Tr. de Renunciat. c. 6. sub fin. & alii ab eo allegati & c. quorum opinio verior &c.*

LXIII.

Ob ein Garten/ der ein Mütterlich Erb ist/ und vom Vatter und Mutter wider der Kinder Willen verkaufft worden/ zu vindiciren?

Demnach uns ihr ohnlängsten einen Casum, einen verkaufften Garten und dessen Redimirung betreffend/ zugeschicket/ und darüber unser Rechtliches Gutachten begehret; Als haben wir solchen collegialiter zusamt den Beylagen mit allem Fleiß erwogen/ und sprechen darauf für recht: Hat euer Vatter/ Gabriel Müllich/ gewesener Castner zu Zw. einenen Garten und Wohnhauß/ so zu seiner

Kinder erster Ehe mütterlichen gehörig / ohne derselben Einwilligung / ja wider ausdrückliche Protestation der einigen Tochter / Anna Marg. Reinholtin / und ihres Ehewirths / einem Burger zu C. A. S. käuflich überlassen / und aber iztgemeldte Tochter (deren Geschwistrig inzwischen gestorben) und ihr Hauswirth euch / als nächsten Bluts-Freund / ihr darzu habendes Recht übergeben / verehret und abgetretten; so ist solcher Kauff / als dem Usufructuario, den Rechten und heurahtlicher Abrede ganz zuwider vorgenommen / für sich selbst nichtig: und dannenhero ihr / vermög geschehener Donation und Verehrung / solchen zu revociren / und das Hauß und Garten / gegen Erstattung des pretii zu vindiciren wol befugt: es wäre dann / daß bey Inventirung der mütterlichen Verlassenschafft dem Vattern die liegende Güter allein zugeeignet / und hingegen den Kindern ein gewisses Capital an Geld dafür ausgesezzet worden. Uf welchen Fall ihr mit eurer Intention schwerlich hinauslangen würdet. A. V. R. W.

LXIV.

Casus adulterii ejusdemque pœnæ.

Demnach uns derselbe schrifftlich zu verstehen geben / was massen sein Bedienter und verpflichter Vogt / Alexander Conrad N. (uuerachtet er im Ehestand lebet) mit einer losen Vettel / seiner Dienstmagd / Anna Margar. J. so vorhin im Kriegswesen herum gezogen / und mit einem / ihren Vorgeben nach / bey Neumarckt erschossenen Ehemañ zwey noch lebendige Kinder erzeuget / auch in ihrem Wittib-Stand mit einem ledigen Gesellen ein unächtes Kind erzielet / (sich fleischlich vermischet / und sie beede zu der That sich gutwillig bekennet) darüber unser Gutachten begehret / was beede Personen in Rechten für Straff verwircket haben mögen.

Als haben wir solchen Bericht mit allen Umständen collegialiter erwogen: Und sprechen darauf für recht / daß der Vogt / als ein Ehemann / der seine dem Eheweib geleistete Treu gebrochen / gemeinen Rechten nach / mit Staupenschlagen / des Landes oder der Gerichte billig ver-

wiesen werden sollte; es wollte ihme dann sein Eheweib verzeihen/ und ferner ehelich beywohnen/ uf welchen Fall er/ dem heiligen Ehestand zu Ehren/ mit berührter Leibes-Straff verschonet/ aber gleichwol willkührlich/ entweder mit längerm Gefängniß/ (etwan drey Wochen mit Wasser und Brod) oder einer Geldbus/ seinem Vermögen gemäß/ in Straff genommen werden könnte.

Carpzov. *p 4. Const. 19. Def. 4.*

Die ledige Vettel betreffend/ soll dieselbe/ wegen verübter Unzucht/ gleichfalls mit Gefängniß (ohngefehr drey Wochen mit Wasser und Brod) abgestraffet/ oder der Gerichte/ fernerer Hurerey der Orten zu vermeiden/ verwiesen. Carpz. *d. Const. 19. Def. 5.* A. V. R. W. &c.

LXV.

Quæstio, de Pastore removendo, ob vitam dissolutam.

DEmnach uns derselbe neben Ubersendung etlicher Inquisitions-Acten und anderer Beylagen zu verstehen geben/ wie daß er/ vermög des Juris Patronatûs, so von Ihro Gnaden den Herren Reussen &c. neben und zu dem Ritter-Gut Hohenleuben/ uf der Pfarr daselbst Ihme gnädig verliehen/ den Pfarrer/ Namens N. N. theils wegen seines Ubermuts/ Feindselig- und Widerspenstigkeit/ theils und zwar zuvorders seines unpriesterlich- und ärgerlichen Lebens/ gerne removiret/ und eine andere bessere qualificirte Person substituiret sehen/ auch solches hiebevorn bey der Gerauischen Regierung gebührend gesuchet/ aber noch zur Zeit darzu nicht gelangen mögen; deswegen dann unsere Rechtliche Meynung und Gutachten hierüber begehret; Als haben wir itzbesagte Acta und Beylagen collegialiter mit allem Fleiß erwogen: Erachten darauf bey so gestalten Sachen am rahtsamsten zu seyn/ daß nochmals Ihro Gnaden die Herren Reussen/ oder dero Consistoriales um Remotion dieses Mannes ersuchet würden/ mit angehängter Protestation, er noch ferners hilfloß gelassen werden sollte/ er

tanquam

tanquam Patronus nicht länger stillschweigen/ sondern es gleichsam wider sein Willen ad Superiorem gelangen lassen/ oder andere zuläßige Mittel vor die Hand nehmen müste; da aber auch hierauf nichts erfolgen/ und die Sachen noch weiters ufgeschoben/ und (wie man zu reden pfleget) in die lange Truhen gespielet werden sollte/ wäre er wohl befugt/ nicht zwar diesen zu removiren/ und einen andern ufzustellen/ welches dem Episcopo, oder demjenigen/ der die Jura Episcopalia gebraucht und hergebracht/ und nicht dem Patrono zustehet/ besonders weil die Fornicatio, ob sie wol auf starcken Vermuthungen und Indiciis beruhet/ jedoch pro notoria noch zur Zeit nicht gehalten werden kan/ sondern die von ihm herrührende Unterhalt- und Besoldung zu entziehen/ und also per indirectum dieses ärgerlichen und der Gemein schädlichen Mannes sich loß zu machen/ auch uff allen Fall anderer in specie facti angedeuteter Mittel/ tàm agendo, quàm excipiendo & defendendo, an gehörigen Orten sich zu gebrauchen. A. V. R. W. &c.

LXVI.

Inquisitio wegen eines Kindes/ dem vermutlich Gifft beygebracht worden.

Demnach uns ihr ein Convolut Acten/ eine Inquisition betreffend/ zugeschicket/ und darüber unser Rechtliches Gutachten begehret; Als haben wir solche collegialiter verlesen/ und der Sachen Wichtigkeit nach/ samt allen angeführten Umständen mit gehörigem Fleiß wohl erwogen. Sprechen darauf für recht/ und aus den Actis so viel zu befinden/ daß die Inquisiten weder bekannt/ noch wie sichs zurecht gebühret/ überwiesen/ daß sie der Mutter oder dem Kind einiges Gifft beygebracht hätten/ oder beybringen wollen: dannenhero noch zur Zeit weder uff die strenge Frag gebracht/ noch viel weniger zur Straff gezogen werden mögen: sondern müste vor allen Dingen/ durch eidliche Aussage derjenigen/ so der Besichtigung des todten Kindes beygewohnet/ gnugsame Kundschafft eingezogen werden/ ob dergleichen Anzeigungen/ daß das Kind Gifft empfangen/ und davon/ und

nicht

nicht von anderer Kranckheit gestorben/ zu spühren gewesen; Item, das vorhandene Pulver einem verständigen Medico nachmals übergeben/ dessen eigentliche Qualität zu erfahren: dann/ ob die Inquisiten von jemand Gifft erkaufft/ oder damit umgangen/ und sonsten dergleichen leichtfertige Personen seyn/ zu denen man sich der That wol versehen möchte.

Wann man nun solches alles mit Fleiß sich erkundet/ so ergehet alsdañ nach Befindung der Sachen/ entweder der strengen Frag/ oder der Straff halben ferner/ was recht ist. V. R. W.

LXVII.

Casus in crimine furti, an suspecta persona torturæ subjicienda, nec ne?

Demnach uns ihr Acta, einen schweren Casum criminalem betreffend/ zugeschicket/ und darüber unser Rechtliches Gutachten begehret. Als haben wir dieselbe/ so balden es wegen anderer Geschäfften seyn können/ mit Fleiß durchlesen/ und in vier folgende Fragen verfasset:

1. Ob die vor diesem beygebrachte Indicia der Erheblichkeit/ daß E. Ehr-löblicher Magistrat die bezüchtigte Anna L. auch ohne neue Indicia zur schärfferen Tortur ziehen möge?

2. Ob nicht in Actis dergleichen neue Indicia angezogen und erwiesen/ vermög welcher sie anizo torquiret werden könne?

3. Ob Ihr Gestr. der Herr Obriste bey seiner anerbotenen Caution de prosequenda lite zu lassen/ oder aber satisdationem de expensis & illata injuria resarcienda in casum succumbentiæ zu leisten schuldig?

4. Ob

4. Ob genugsame Indicia vorhanden/ daß man wider Hanns H. Hauß-Pflegern/ tanquam socium criminis eine Inquisition begehren und anstellen möge?

Sprechen hierauf/ nach reiffer Collegial-Erwegung/ für recht/ daß bey so gestalten Sachen die verdächtige Anna L. weder der vorigen und jüngst weitläufftiger ausgeführten/ nach der neulich beygebrachten Indicien halber de novo, und zwar mit schärfferer Tortur, angegriffen werden möge; es wäre dann Sach/ daß Ihr Gestr. der Herr Obriste die ihm zugemutete Caution de expensis & injuria resarcienda wircklich leistete. Wider den Hauß-Pfleger oder Commentariensem aber/ wofern die angezogene Indicia und præsumtiones gnugsam zu erweisen und darzuthun/ wol inquirirt/ und/ nach Befindung der Sachen/ auch ferners procedirt werden könne. V. R. W.

Zu solcher unserer Meynung/ so viel die erste Frag betrifft/ beweget uns/ nicht zwar/ daß das Furtum ipsum nicht erwiesen/ oder die andere angezogene Furta den Herrn Obristen nicht angehen/ noch ein Kläger um dieselbe vorhanden seyn sollte; sintemal diese zu keinem andern Ende beygebracht/ als anzuzeigen/ quod ancilla accusata semel mala, in eodem genere delicti semper mala, adeòque & hujus furti rea præsumenda sit; worzu dann kein absonderlicher Ankläger vonnöhten ist: So wird auch das Furtum in ipso processu præsupponiret/ indeme die beklagte Dirn bereits anno 1636 deshalben auf die Folter gebracht worden/ welches ohne genugsame Kundschafft des vorgangenen Diebstahls nicht geschehen können noch sollen/ per nota & vulgata jura, zu geschweigen/ quòd furtum tanquam delictum facti transeuntis etiam per conjecturas & indicia ad hunc effectum sufficienter probari possit.

Ægyd. Boss. *in Pr. crim. t. de delict. n. 20. & 21.*
Prosper Farinac. *lib. 1. t. 1. qu. 2. num. 13.*
Zanger. *de quæst. seu tort. in proœm. n. 13.*
Gœdd. *Vol. 4. Marpurg. Cons. 57. n. 4.*

Sondern 1. weil zur peinlichen Frag allein probabilia & verisimilia indicia erfordert werden. *l. milites. 8. §. 1. C. de quæstion.* welche insgemein und glaublich die Missethat anzuzeigen pflegen/ also/ daß zu Erlernung der Warheit nur des Maleficanten Bekantnuß noch übrig. *l. 1. §. 1. ff. d. t. quæstion.*

Jul. Clar. *5. Sentent. §. fin. quæst. 64. num. 13.*

Farinac. *d. lib. 1. t. 5. qu. 47. n. 3.*

Christoph. Besold. *part. 4. Tubing. Cons. 146. n. 10. & 11.*

und zwar nicht anders/ als so sie völlig erwiesen und dargethan werden können/ Clar. *d. q. 47. n. 12.* Indicia enim ut torturæ locum faciant, plenè & per duos testes idoneos probanda sunt. *per text. express. in Const. crim. Caroli V. art. 23. & 30. arg. l. ubi. 12. ff. de testibus, Gloss. ad l. ult. in verb. vel indiciis. C. famil. erciscund.*

Bart. *ad l. ult. n. 7. ff. de quæst.*

Farinac. *d. q. 47. num. 13. & seqq.*

Bocer. *de quæst. & tort. c. 3. num. 137.*

Nun ist es aber mit den angezogenen Indiciis dergestalt beschaffen/ daß sie theils incerta und auch wohl anders ausgedeutet werden können/ theils nicht allerdings plenè probirt werden.

Dann erstlich lässet sich nicht allerdings schliessen/ die L. hat allein im Hauß/ (wiewol solches nicht bewiesen) um des Hn. Obristen Geld Wissenschafft gehabt/ darum muß sie/ und niemand anders/ es entfrembdet haben/ dieweil auch auser dem Hauß andere davon gewust/ und es hinweg genommen haben könten. Indicia autem levia & quæ pluribus modis interpretari possumus, ad torturam non sufficiunt.

Bald. *lib. 5. Cons. 402.*

Roland. à Valle *lib. 1. Cons. 24. n. 24.*

Christ. Besold. *d. Cons. 146. n. 10.*

Facult. Jurid. Tubing. *part. 3. Cons. 101. n. 7.*

So folget zum andern auch nicht/ sie ist fast eine Stund allein in dem Gemach/ neben des Herrn Obristen Stuben/ darin das Geld verloren worden/ gewesen; Ergò hat sie es entfrembdet/ alldieweil sie darinnen gleichwol Niemand gesehen/ und sie auch wol anderer Ursachen halben droben die Zeit über sich aufhalten können/ ut in casu non admodum dissimili concludat Bocer. *de quæst. & tort. d. c. 3. n. 91.*

Eben diese Meynung hat es mit dem tertio indicio propinquo, da gleichfalls der Frau Gräfin C. Haushalterin nur in genere verbleibet/ und nicht sagen kan/ daß sie die L. in des Herrn Obristen Zimmer klopffen

gesehen oder gehöret habe / welches doch ad semiplenam probationem, per unius testis depositionem faciendam erfordert wird. *d. Constit. Carol. art. 23. 30.*

Wesenb. *in π. ff. de quæstion. n. 7.*

Bocer. *d. c. 3. num. 138.*

Zudeme muß dieser einige Zeuge idoneus & omni exceptione major seyn / *d. art. 23. n 30.* adeò ut si talis non sit, inhabilitas ejus per alia adminicula supplenda sit, ut docet Franc Cason. *de judic. tr. 10. c. 1.*

Menoch. *1. de præsumt 89.*

Bernh. Zieriz. *ad d. art. 23. in fin.*

Mulieres autem in criminalibus testes idoneos non esse, constat *ex c. mulierem. 17. causa. 33. qu. 5. c. for. 10.* ⅌. *in f. de V. S. & ibid. Gloss.* Bocer. *d. c. 3. n. 152. & seqq.* Unde secundum nonnullos, neque ad criminis ipsius, neque ad indiciorum probationem ullo modo admittuntur,

Ant. Gomez. *Var. Resol. tom. 3. c. 13. n. 18. in f.*

Franc. Cason. *d. c. 1. num. 12.*

Belangend die indicia remota, sind bey dem 1. die zween Diebstähle der 6 Elen Dermethey und eines Paar Schuhes geringer / als daß von ihnen mit Bestand uf dieses grosse Furtum inferirt oder geschlossen werden möge; so ist das dritte Furtum der 21 Goldgulden weder durch des Obrist-Lieutenants Hauß Aussage / als welcher unicus und in causa propria kein gnugsamer Zeuge seyn können / *l. jurisjurandi. 9. §. 1. C. de testib. l. nullus. 10. ff. eod. tit.* Farinac. *lib. 2. de testib. t. 6. qu. 60. num. 3. & seqq.* noch durch die erfolgte Transaction sufficienter probiret worden / alldieweiln dieselbe nicht allein durch etwas Schärffe und Zwang der beschuldigten L. extorquirt / sondern auch ohne dessen tanquam in casu licito delicti moribus nostris capitalis ihr im geringsten nicht præjudiciren mögen / *l.* Grachus *4. C. ad l. Jul. de adult.*

Jul. Clar. *d. §. fin. qu. 21. num. 38.*

Bocer. *d. c. 3. num. 56.*

Bey den andern wird insgemein gestanden / quòd mendacium & variatio ita demum ad torturam indicium sufficiens sit, si cum aliis adminiculis concurrat. Jul. Clar. *d. §. fin. qu. 21. n. 39.* Zanger. *de quæst. serv. tort. c. 2. n. 37.* dabey wir es auch billig bewenden lassen.

Ferners/ gesetzt/ es wären der allegirten indiciorum eines/ oder ja alle insgesamt der Erheblichkeit/ daß man zur Tortur zu recht schreiten können; wie dann wißlich/ quod plura indicia imperfecta unum perfectum faciant. *d. Const. Carol. art. 27.*

ibique Zieriz. Farinac. *d. q. 37. num. 11.*

Christ. & Joh. Georg. Bezold. *part. 5. cons. 255. n. 7.*

auch dißfalls von dem Ehrlöbl. Magistrat observirt worden: dennoch seynd dieselben per subsecutam torturam bereits elidirt und enervirt worden. Quippe tortura indicia præcedentia purgat.

Jul. Clar. *d. §. ult. qu. 64. num. 38.*

Farinac. *qu. 40. num. 2.*

Facult. Jurid. Tubing. *part. 5. cons. 208. num. 1. & seqq.*

adeò ut reus, qui delictum in tormentis constanter negavit, definitivè, *arg. l. ult. ff. de calumniat.*

Ant. Gomez. *d. c. 13 num. 28.*

Fach. *1. controv. 33. & 9. controv. 16.*

vel saltem ab instantia & observatione judicii absolvendus sit.

Mynſ. *Cent. 5. obs. 12.*

Menoch. *1. de præsumt. qu. 93. in f.*

Zanger. *d. tr. quæstion. & tort. c. ult. n. 2. & seqq.*

Et consequenter nec ad torturam, nisi ob nova & magis urgentia indicia revocari nequeat. *arg. l. unius. 18. §. 1. ff. de quæst.*

Gomez. *d. c. 13. num. 26.*

Zanger. *d. c. ult. num. 6. & 7.*

Clar. *d. q. 64. num. ult.*

Christ. Besold. *part. 3. Tubing. Cons. 109. num. 6.*

Und wañ man schon sagen wollte/ solches müste allein dahin verstanden werden/ wann der Reus sufficienter torquirt/ cùm levis tortura non sit,

Ægyd. Boss. *t. de tort. num. 15. & n. 42.*

Damhoud. *in prax. crim. c. 38. num. 4.*

Menoch. *de arb. jud. cent. 3. cas. 272. num. 6.*

diß Orts aber die Beklagte leviter und nur primo torturæ gradu angegriffen.

gegriffen. So ist doch hinwiederum wohl zu bedencken/ daß mit der Tortur, tanquam re fragili & periculosa, *l. 1. §. quæstion 23 ff. d. t. de quæstion.* quæque utriusque manûs abscissione gravior est, *arg. n. 134. c. f.* Ægyd. Boss. *d. t. de tort. n. 12.* Farin. *d. lib. 1. t. 5. q. 42. n. 14.* cautè zu verfahren/ und dieselbe allezeit/ nach Gelegenheit des Argwohns und anderer Umstände/ zu moderiren/ *l. de minore. 10. §. 3 ff. d. t. de quæst. d. Constit. crim. art. 58. pr.* Zanger. *d. tr. c. 4. num. 10. & seqq.* Bozer. *c. 5. num. 28.* Wann dann in diesem unsern Fall die angezogene indicia und præsumtiones nicht so gar urgentia und plenè probata, wie oben Anregung gethan/ und da es die Nohtdurfft erfordert/ mit mehrern ausgeführet werden könnte/ als wird auch die Tortura, so sonsten für sich levior, billig pro sufficiente gehalten/ und soll ein jedig verständige und gewissenhaffte Obrigkeit sich dahin befleissen/ damit sie in dergleichen Fällen eher zu wenig/ als zu viel thue/ secundum doctrinam Bossii, *d. t. de tort. num. 36.*

Drittens befinden sich etliche conjecturæ & præsumtiones pro rea sive accusata militantes, als da seynd/ daß nicht wohl möglich/ sie die verlorne starcke Summa Geldes/ so heimlich und ganz unvermerckt aus dem Hause bringen und verpartiren können; daß die ganze Zeit über keine dergleichen Sorten oder Kleinodien bey ihr gesehen/ oder verspühret worden. Item, daß/ da sie seit anno 1636 zur Flucht gnugsame Gelegenheit gehabt/ dannoch nicht fliehen/ sondern an dem Ort verbleiben wollen/ cujusmodi conjecturas & præsumtiones circumspectus judex, antequam ad torturam accedat, pro rei innocentia diligenter inquirere & ponderare debet.

docente Menoch. *de præsumt. lib. 5. q. 48. n. 10. & seqq.*

Zanch. *d. tr. de tort. c. 3. num. 25.*

Bocer. *c. 3. num. 164. & 165.*

Hinc si testis unus omni exceptione major de visu deponat, & conjecturæ quædam pro reo adsint, ad torturam perveniri non potest, ut multoties pronunciatum refert Bernhard. Zieriz. *ad d. Constit. crim. art. 23. in fin.*

2. Quæstio.

Die andere Frag beruhet auf den angeführten indiciis & præsumtionibus, da dann zwar ausser allen Zweiffel ist/ quod ob indicia noviter

 reperta,

reperta reus licitè in quæstionem repeti possit, modò ea, prioribus evidentiora, & ab iis specie & substantiâ diversâ fuerint. *arg. l. d. 18. §. 1. ff. de quæstion.*

Ægyd. Boss. *de t. tort. num. 42.*

Damhoud. *in Prax. crim. c. 38. n. 2. & 5.*

Zanger. *de tort. d. c. ult. n. 8. & 9.*

Bocer. *d. c. 5. num. 40. & 41.*

Allein wann man die in den Actis befindliche indicia etwas genauer betrachtet/ so seynd dieselbe weder evidentiora prioribus, noch ab iis revera specie & substantia diversa. Dann 1. sie nur generalia & remota, quæ propinquis evidentiora non esse, expeditum est.

Damhoud. *d. c. 38. num. 5.*

Zanger. *d. c. ult. num. 9.*

Und ob es schon das Ansehen haben möchte/ als rühreten die bey der beschuldigten L. gefundene 40 fl. von des Herrn Obristen verlornen Geld her/ indeme die Ducaten oder Reichs-Thaler in Münz verwechselt worden/ und sie dannenhero von neuem mit schärfferer Tortur wol beleget werden könnte/ *per d. Constit. crim. art 43.* So redet doch dieser Text nur von dem Fall/ da der Diebstahl bey dem Verdachten gefunden oder erfahren wird/ &c. welches/ weil es diß Orts nicht zu erweisen/ bleibet es billig eine blose Vermuthung/ so pro evidentiori & propinquo ad torturam indicio keines wegs gehalten werdē kan. Darnach scheinen auch diese neue indicia den vorigen/ die bereits per torturam purgirt worden/ nicht fast ungleich/ und würde/ derentwegen die beklagte L. von neuem mit schärffern Tormentis anzugreiffen/ sich nicht wohl verantworten lassen/ *arg eorum quæ habet* Damhoud. & Zanger. *loco allegato*, maximè cum alias in dubio judicandum potius sit, judicium ad torturam sufficiens non esse. *arg. l. pen. ff. de pœn.* Ægyd. Boss. *t. de indic. n. 73.* & satius sit, nocentis facinus impunitum relinqui, quàm innocentem damnare, aut tormentis subjicere, *l. absentem. 5. ff. d. t. ibique Gloss. & Dd.*

3. Quæstio.

Die dritte Frag dependiret und folget aus dem vorhergehenden/ dann weil weder die vorigen/ noch jezt beygebrachte indicia ad repetitionem torturæ gnugsam seynd/ als wird Ihr Gestr. der Herr Obriste/ wofern er anders diesen criminal Proces zu vollführen gesonnen/ mit der ihme

zugemu-

zugemuteten Caution de expensis & injuria resarcienda in casum succumbentiæ sich gefast halten müssen / *d. Const. crim. art. crim. art. 12.* Quamvis enim Franc. Marc. *Decis. 64.* cautionem hanc ab aula recessisse velit; tamen de consuetudine tantùm Italiæ intelligendus est. Nam Germaniæ nostræ moribus secundum d. Constit. crim. Satisdatio hæc omninò locum habet. Modest. Pist. *1. Cons. 34. & exeo* Zieriz. *ad. d. art. 12.*

4. & ultima Quæstio.

Zum 4. und lezten muß man zwar mit dem Hauß-Pfleger oder Commentariensi etwas behutsam gehen / cùm in dubio quilibet bonus. *l. meritò. si in f. pr. ff.* pro socio & bona quoque sua & fortunas honestis potius rationibus acquisivisse præsumatur. *l. 4. §. deficientium. 1. ff. de muner. & honor. l. si defunctus. 10. arbit. tutel. l. semper. 56. ff. de R. I.* Weil aber gleichwol unterschiedliche sehr verdächtige Umstände sich bey ihme ereignen: Als erstlich / daß er mit der beklagten Dirn besondere Gemeinschafft nach der Verhafft gepflogen. 2. Daß er zuvor nichts gehabt / hernacher aber ein eignes Häuslein gekaufft / in seinem Hause splendidè zu leben / und mit kostbarer rauher Wahr zu handeln angefangen. 3. Dergleichen Münz also verloren worden / und zwar über 40 Ducaten auf einmahl nacher Augsburg geschicket. 4. Zur Wiederkunfft des Herrn Obristen nacher Regensburg trepidationem animi non vulgarem bey sich verspühren lassen. 5. Und sonsten eine persona vilis, bey deren sich dergleichen wohl zu vermuthen / wie dann insgemein die Commentarienses gar ein schlecht Lob haben bey dem Damhouder. c. 17. n. 3. Als halten wir gänzlich dafür / wofern izterwehnte Umstände alle gnugsam probirt werden könnten / man wohl befugt sey / ihn deshalben gebührend zu besprechen / und / nach Befindung der Sachen / auch ferners zu procediren.

Menoch. *de præsumt. lib. 1. qu. 89. n. 125.*
Zanger. *de quæstion. c. 2. n. 45. Constit. crim. art. 43.*
Menoch. *d. tr. qu. 31. num. 4.*
Zang. *d. c. 2. num. 66.*
Mascard *de probat. vol. 2. concl. 831. num. 5.*
Jul. Clar. *5. Sent. §. fin. qu. 21. num. 39.*
Zanger. *d. c. 2. num 38.*
Bocer. *d. tr. c. 3. num. 37.*

XLIIX.

LXIIX.

Quæstio: Quis in proposita facti specie sit judex competens.

IN überschickter Specie Facti werden drey Judices namhafft gemacht/ die Cron Schweden und dero Reichs-Rähte/ Ih. Fürstl. Gnaden/ Herzog Wilhelm zu Sachsen ꝛc. und dann Ih. Fürstl. Gnaden/ Herzog Bernhard ꝛc. Kriegs-Recht.

Uff den ersten nun werden Ihro Excell. Herr Feld-Marschall sich vergeblich bewerffen; theils/ weil die Kriegs-Leute ihren eigenen Judicem je und allezeit gehabt/ *arg. l 6. C. de jurisd. & simil.* Und dannenhero der Politische und Krieges-Stand keines weges unter einander gemischet werden soll/ wie in ipsa Specie Facti recht und wohl mit mehrerm erinnert wird: theils/ weil auch sonsten insgemein ein jeder/ ohne Ansehen seiner Person und Standes/ an dem Ort/ da er delinquirt/ beklaget werden kan: quoniam delictum etiam ordinarium forum tribuit. *l. fin. ff. de accusat.*

Melch. Kling. *ad c. cum contingat* ✗. *de foro compet. n. 4. l. 1. C. ubi Senat. vel clar.*

Ægyd. Boss. *in Prax. crim. de for. comp. n. 3. & n. 46.*

ohngehindert dessen/ quod par in parem non habeat imperium, *l. 4. ff. de recept arbitr. l. 14. ff. de manumiss.* sintemahl diese Regula nicht statt hat/ wann jemand vel expresso consensu, *l 13 ff. de jurisdict* vel tacitè contrahendo, *l. 19 §. 1. l. 24. l. 45. ff. de judic.* aut delinquendo eines andern Jurisdiction sich unterwirffet. *d. l. 24. §. 1. ff. de judic. d. l. ult. ff. de accusat.*

Die andern beeden belangende/ ist ein Unterschied zu machen zwischen der actione injuriarum, und *ex l. diffamari.* Dann da Ihro Excell. Herr Feld-Marschall ꝛc. actione injuriarum belanget werden sollte/ (so wir doch aus oben angesezten Ursachen nicht für rahtsam erachten) hätten sie diß Orts keinen andern Judicem, als Ihro Fürstl. Gnaden/ Herzog Wilhelm von Sachsen ꝛc. welcher von Höchst-seel. Königl. Majestät zu einen General-Lieutenant über alle Generalen und Feld-Marschalle erkläret seyn solle; Wofern aber Processus *ex l.*

diffamari

diffamari wider Hochgedacht Ihro Excell. angestellet würde / müste zuvor erläutert werden / wer in dergleichen Processu pro Actore oder Reo zu halten sey / woraus dann leichtlich der Schluß de fori competentia zu machen seyn wird.

Nun hat es zwar Anfangs das Ansehen / als würde der diffamatus pro Actore, der diffamans aber pro Reo billig geachtet. 1. Dieweil der diffamatus wider den diffamanten sich beschweret / und also Judicem provocirt; Actor autem is videtur, qui prior ad judicium provocat, *l. 13. ff. de judic.* 2. Weil der Reus seine habende defensiones, ehe und zuvor er von dem Actore beklagt wird / bey Gericht nicht vorzubringen pfleget / *arg. l. 5. in f. ff. de doli mal. & met. except.* welches doch allhier vom diffamato geschiehet / indeme er sich über den diffamanten beschweret / und denselben zu citiren ausdrücklichen ansuchet / *d. l. diffamari C. de ingen. manumiss.* 3. So befinden sich bey diesem Processu zwey unterschiedliche judicia, unum diffamationis, alterum causæ principalis, da dañ zwar in diesem der diffamans, in jenem aber der diffamatus pro actore zu halten / per ea, quæ habet Geil. 1. *obs. 11. num. 2. & obs. 12. n 2. 3. & seqq.* Idque expreßè vult Paul. de Cast. *in l. 5. C. de jurisd. omn. judic. & alii allegati à Marant. in spec. p. 4. dist. 21. n. 19.* Matth. de Afflict. *dec. Neapol. 268. in fin. ubi & in Consil. Neapol. ita judicatum refert.*

Dessen aber ungeachtet / ist die gemeine und wahre Meynung der Rechts-Gelehrten / daß in processu *l. diffamari* der diffamatus des rei oder Beklagten Stelle vertrette / und dannenhero der diffamant vor dessen Gericht zu erscheinen / und die Sachen auszuführen schuldig sey. Und beweiset solches gnugsam 1. *ipsa l. diffamari. C. de ingen. manumiss.* in quâ sententiam absolutoriam pro diffamato tanquam reo latam esse, satis apertè constat, *arg. l. 7. §. ult ff. de liber. caus.* Blauer. *ad d. l. diffamari. c. 4. n. 31.* 2. Beståttiget eben dieses die Cammer-Gerichts Ordnung p. 2. tit. 25. darin von dem diffamato ausdrücklich gesaget wird / daß er in der Haupt-Sache antworte / welches / wie bewust / nicht dem Kläger / sondern dem Beklagten zustehet: facit, quod ibidem requiratur, ut diffamatus immediatè Imperio subjectus esse debeat. Geil. 1. *Observ. 10. n. 1.*

3. So soll ein Beklagter und consequenter auch ein Richter seyn in causa præparante & præparata, sive in judicio præparatorio & princi-

principali, *arg. l. ordinarii 13. C. de rei vindic. & ibi* Bald. Wann dann in der Haupt-Sache der diffamatus ohnfehlbar pro reo gehalten wird/ als wird nohtwendig folgen/ er auch in dem judicio diffamationis tanquam præparatorio, pro reo zu achten seyn müsse.

Cæs. Ursill. *in Addit. ad Matth. de Afflict. d. decis. 268. n. 3.*
Covarruv. *1. var. resol. c. 18. num. 4.*
Bernh. Græv. *Pract. Concl. lib. 1. concl. 9. cons. 1.*

Und hindern ganz nicht die oben angezogene rationes dubitandi. Dann obwol der diffamatus erstlich bey Gericht ansuchet/ wie er dann auch in der Cammer-Gerichts Ordnung die ansuchende Parthey genennet wird/ so geschiehet doch solches zu keinem andern Ende/ als daß er sich der unbilligen Auflagen entschütten/ und den Diffamanten/ seine angemaßte Klage gerichtl. auszuführen/ zwingen möge. Diffamatus enim non tanquam actor, sed tanquam reus judicem adire intelligitur: cùm in jus vocare non videatur is, qui seipsum offert paratum defendere, *l. libertus. 14. ff. de in jus voc.* Geil. *1. obs. 9. num. 5. in f.* Blauer. *d. c. 4. n. 4. & 9.* Cæs. *Contrad. ad d. l. diffamari. C. 5. n. 8. & seqq.* Cagnol. *num. 9.* zu geschweigen/ daß der Diffamant selbst durch sein unzeitiges diffamiren den Anfang gemacht: nam diffamare nihil aliud est, quàm ad judicium provocare, ut docet Bald. *ad d. l. diffamari. C. de ingen. manumiss.* dahero dann von dem Diffamato mit Recht nicht gesaget werden kan/ daß er/ ehe und zuvor er beklagt oder angefochten worden/ seine defensiones bey Gericht angebracht haben sollte. Schurff. *cent. 1. Cons. 34. n. 6. & Cons. 75. n. 8. & cent. 3. Cons. 15. n. 19.* Daß aber secundum stylum cameralem der Diffamatus der Kläger genennet werde/ geschiehet fürnehmlich ad evitandam causarum & protocollorum confusionem, juxta §. Nachdem aber ꝛc. Deputat. Recess. de anno 1600. ut notat Gualter. Gymnic. *in Addit. ad Blarer. d. c. lit. B.*

Aus diesem nun ist leichtlich der Schluß zu machen/ daß Ihr Gestr. der Hr. Obriste seine Klage nirgends anders/ als vor seinem ordinario und immediato judice, Ihro Fürstl. Gnaden Herzog Bernhards ꝛc. absonderlich Kriegs-Recht billig anstellen sollte/ ohngeacht/ daß vielleicht Ihro Excell. Herr General-Feld-Marschall schwerlich dahin zu bringen seyn werde; sintemal Ihr Gestr. wenig daran gelegen/ dieweil nichts desto weniger der Proceß seinen Fortgang haben/ und die Sententia absolutoria cum impositione perpetui silentii erfolgen

könte/

könnte/ *arg. eorum, quæ habet Alex. Conſ. 103. lib. 5.* ubi etiam Epiſcopum ex hac Lege ad judicem laicum trahi poſſe docet. Allein/ weil zu beſorgen/ Herzog Bernhards Fürſtliche Gnaden der Citation ſich ſchwerlich unterfangen dörffte/ wäre am rahtſamſten/ daß das ganze Werck mit allen Umſtänden Ihro Fürſtl. Gnad. Herzog Wilhelmen ꝛc. als General-Lieutenanten vorgetragen würde/ welches dann nicht allein zu Abſchneidung alles weitlaufftigen Diſputats, indeme Ihro Fürſtliche Gnaden ſowol Ihr Geſtreng in militaribus pro judice erkennen/ als auch des Herrn Feld-Marſchallen Excell. deren judicium nicht wohl werden decliniren können/ vermög der Kriegs-Capitulation, davon Extract ſub N. 3. beygelegt/ ſondern auch zu ſchleiniger Expedition gedeyen würde ꝛc.

LXIX.

De jurisdictione, wegen eines Meyerhofs.

IN denen uns zugeſchickten Acten/ zwiſchen dem Capitul St. Andreæ zu Hildesheim und denen von Stopler zu Wehrſtett/ beruhet der Streit darauf: Ob der Meyerhof zu Wehrſtett der Jurisdiction und allen oneribus perſonalibus & realibus, auſſerhalb des Spandienſtes/ (dafür er an das Ambt Winzenburg ein gewiſſes an Saltz giebet/ und Zins-Rechnung/ ſo dem Capitul gebühret/) gleich andern Einwohnern des Dorffs/ denen von Stopler ſubject und unterworffen? Nun bemühen ſich zwar beſagte von Stopler ſehr/ die affirmativam, und alſo ihre angemaſte Jurisdiction und Botmäßigkeit zu behaupten: und ſolches theils durch angegebene und verhörte Zeugen/ theils durch unterſchiedene Documenta, Schrifften/ und Extract aus dem Stopleriſchen Protocoll, theils auch per ſitum loci, weil der Meyerhof faſt mitten im Dorf liege/ und alſo/ gleich andern Höfen/ der Jurisdiction und Botmäßigkeit unterworffen ſeyn müſſe ꝛc. Allein/ wañ man das Inſtrumentum Inveſtituræ, oder den Lehen-Brief (davon Extract den Acten ſub n. 39 & 60 beygelegt/) etwas genauer betrachtet/ ſo wird ſich das widrige und ſo viel befinden/ daß die von Stopler auf dieſen Meyerhof ganz keine Jurisdiction oder Botmäßigkeit zu prætendiren/

diren/ sondern dieselbe dem Ambt Winzenburg zuständig/ gleichwie das Eigenthum und Zins-Reichung dem Capitulo zugehöret. Dann erstlich lauten die klaren Worte der Belehnung also: Daß anno 1515. am St. Johannis-Abend/ weiland Hanns von Steinberg seel. vom damaligen Bischof des Stiffts Hildesheim ꝛc. zu einem rechten Erben Mann-Lehen empfangen das Dorf Wehrstett mit Gericht und Rechte/ mit dem Hals-Gericht/ so weit sich die Feldmark erstrecket/ nichts ausbescheiden/ dann allein einen Meyerhof/ der den Herren zu St. Andreas zu Hildesheim zu Lehen gehet &c. wie dann auch hernacher eben auf die Weise und mit denen Formalibus von Jhro Fürstliche Gnaden/ Herzog Friederich Ulrich zu Braunschweig und Lüneburg ꝛc. Wilhelm Stoplern für sich und seine männliche Leibes-Lehen-Erben berührtes Dorf Wehrstett verliehen worden/ laut angezogenen Extracts sub Num. 39. & 66. welche Worte/ gleichwie sie general seyn/ also müssen sie auch generaliter verstanden/ *arg. l. 1. § 1. ff de legat. præstand. ibique Gloss.* und nicht auf die Zins-Reichung restringiret werden/ und das um so viel desto mehr/ weil in dem Lehen-Brief mit keinem Wort der Zins-Reichung gedacht wird. 2. Redet die Regula der Belehnung einig und allein von dem Gericht/Recht/und Hals-Gericht/ also ex jurisdictione, tàm in criminalibus, quàm civilibus: und muß demnach auch die exemtio des Meyerhofs/ oder exceptio de jurisdictione, und nicht von etwas anders verstanden werden: cùm exceptiones semper debeant esse de genere, sive de terminis Regulæ.

Bart. Bald. *in l. si cum. 10. §. qui injuriarũ. 2. ff. si quis caution. in judic. sistend. caus. fact.*

Philip. Decius. *ad l. 1. ff. de regul. jur. n. 20.*

Drittens haben ja die Stopler in besagtem Dorf Wehrstett kein mehrers Recht/ als ihnen von dem Lehen-Herrn verliehen und eingeraumet ist. Nun aber ist ihnen der Meyerhof nicht/ noch einige jurisdiction darauf verliehen/ sondern vielmehr von dem Stoplerischen Lehen gänzlich abgeschieden worden; wie solches nicht allein die ausdrücklichen Worte des Lehen-Briefs zu verstehen geben/ sondern auch sie die Stopler selbst nicht allerdings in Abrede seyn können/ indeme sie verba exemtionis von dem Lehen verstanden haben wollen/ wie n. 61. & n. 81. zu sehen. Und ob sie wohl in selbigen Schrifften das Lehen der Jurisdiction entgegen setzen/ so kan doch solches nicht statt haben/ alldieweil sie ausser dem Lehen kein Recht in dem Dorf Wehrstett haben/ also

auch

auch über den Meyerhof/ so (ihrer Meynung nach) vom Lehen exemt, keines Rechtens noch Jurisdiction sich gebrauchen mögen. So hindert auch nicht/ quod in dubio verba proferentem. *l. veteribus. 39. ff. de pact.* also diß Orts contra dominum feudi interpretirt werden müssen: alldieweil solches nur de verbis dubiis & obscuris zu verstehen; diese Worte aber seyn so klar/ daß sie keiner besondern Auslegung vonnöhten haben: in claris enim conjecturis non opus est. Vulg. *l. continuus. 137. §. cùm ita. 2. ff. de V. O.*

Anlangende die abgehörte Zeugen/ seynd dieselbe alle Stoplerische Unterthanen/ ausser einen/ der tanquam singularis nicht zu attendiren; so haben sie sich auch der Sachen mit angenommen/ und selbst leuterirt/ wie sub num. 51. und 52. zu sehen/ daß sie also tanquam in causa quodammodo propria zur Zeugschafft nicht zugelassen werden mögen/ per nota & vulgata jura. Zu geschweigen/ daß ohne dessen in materia jurisdictionis nicht gnug/ actus possessorios anzuführen und beyzubringen/ sondern müsse auch titulus investituræ vel similis erwiesen werden.

Ruland. *de commissar. p. 3. lib. 4. c. 4. n. 4.*

Knichen. *de jure territ. c. 5. n. 13. & seqq.*

Dergleichen Recht oder titulus aber sich diß Orts nicht/ sondern vielmehr das Widerspiel ex Instrumento Investituræ befindet/ wie aus deme/ so oben angeführt/ zur Gnüge erhellet. Zudeme/ wann schon die Zeugen zugelassen würden/ seynd doch die actus possessorii, davon sie Zeugnuß geben/ (dieweil sie tenori investituræ zuwider lauffen) omninò pro vitiosis zu halten.

Ferners die erlegte documenta seynd entweder res inter alios actæ, so weder dem Ambt Winzenburg noch auch dem Capitulo einig præjudicium zuziehen können: der Stoplerischen Protocolla, die zwar wider sie/ aber nicht für sie einen rechtmäßigen Beweiß geben können. Endlich ist zwar eine gemeine Regula, quod res & personæ in territorio domini sitæ, & habitantes, ejus esse præsumantur, quoad jurisdictionem & subjectionem, cujus est territorium. *c. cum personæ. 7 de privileg. in C.* Roland. à Valle *vol 3. Cons. 46 n. 35, & 50. & Doctores comm.* Allein hat sie ihren gewissen Abfall/ nisi exemtio probata fuerit. Roland. *d. Vol 3. Cons. 33. n. 23 & seqq.* Geil. *de pignor obs. 8. num. 7.* Gleichwie nun die exemtio per ipsum investituræ instrumentum zur Gnüge erwiesen; also muß auch der Meyerhof zu Wehrstatt von der v. Stopler

jurisdiction exemt, und die jurisdict. dem Domino feudi und dessen Amt Winzenburg billig verbleiben: wie solches alles in den Actis selbst mit mehrern ausgeführet wird. Dahin wir uns geliebter Kürze halben gezogen haben wollen. ꝛc. ꝛc.

Mantissæ loco folgen hierauf noch vier andere Rechtliche Bedencken.

LXX.

Herrn D. Georg Christoph Walters / Advocati ordinarii zu Rotenburg / Rechtliches Bedenken über einen Priorität-Streit. ꝛc.

Es hat Herr Bernhard Suevus, Medicinæ Doctor und damaln Physicus zu Rotenburg an der Tauber / in anno 1623 hundert Reichs-Thaler bey Hn. Balthasar Geissen / des innern Rahts daselbsten / ufgenommen / und ihme einen Gülthof zu Reitsachsen / nahe an Rotenburg / versetzet / auch ihme den Gült-Brief zu treuen Handen stellen wollen / welchen Herr Geiß aber ihme widerum zugestellet / und also nur die Obligation, darinnen der Gülthof hypothecæ loco verschrieben / behalten: Nacher in anno 1624 hat gedachter Herr Doctor Suevus abermaln 200 Reichs-Thaler bey Hn. Leonh. Bezolds / des innern Rahts und Richters seel. nachgelassener Wittiben / ufgenommen / und derselben eben diesen Gülthof hypothecirt / und den Gült-Brief tradirt: wie nun D. Suevus in anno 1636 todtes verblichen / und der Hof inzwischen aller vergangen / wüst und öd liegend verblieben / und sonsten diese Creditores kein Mittel zur Bezahlung mehr haben / wird diese Frag movirt: Wer ratione prioritatis dem andern vorgehen möge? Dann der Frau Bezoldin Inhaber der Obligation, so ihr Richter und unter Vormunds Gewalt bishero gewesen / Namens Joh. Georg Pfister / Studiosus, und an statt desselben seine Befreunde / den Vorzug zu behaupten vermeynen. Die Decision hierinnen zu geben / hat es

hat es das Ansehen/ daß Hn. Geissen Erben der Vorgang aus der allgemeinen Regul gebühren thue: Qui prior tempore, potior jure, *l. 4. C. qui pot. in pign. & l. 2. C. eodem* rescribunt Imperatores, cùm de pignore utraque pars contendit, prævalet jure, qui prævenit tempore, vor dem Pfister behaupten können. Zumaln und pro secundo weiln in vielen Legibus versehen ist/ daß der secundus Creditor, wann er sein jus pignoris gut machen und conserviren will/ den priorem mit der Solution contentiren muß/ *l. qui pignus. 1. & l. prior. 5. C. qui pot. in pign. l. quo minus. ult. C. si antiquior Creditor pignus vendiderit.* Also auch in hypotheca pro tertio ist es unstrittig/ daß dieselbe nudâ tantùm conventione, citra traditionem constituirt werde. §. *item serviana. 7. Inst. de Act.* Schneid, *ibid. n. 75 91. & 94.* ubi ait: ad constituendum jus in re debitoris ut hypothecaria competat, sufficit sola conventio, quando enim tibi obligo rem mobilem vel immobilem, datur tibi Creditori hypothecaria pro possessione ejus rei adipiscendæ. Es ist auch viertens quoad constituendum legitimè pignus die traditio pignoris nicht vonnöhten: quod enim valet in hypotheca, valebit etiam in pignore, hæc enim duo tantùm nominis sonu & nullo alio differunt, ut Marcianus JC. respondit *in l. si res hypothec. 5. ff. de pign. & hypoth.* quemadmodum enim utriusq; nomina in jure nostro passim confunduntur, *ut in l. si is, qui 11. §. ususfructus, ff. de pign. & hypoth. l. 1. in pr. & §. 1. ff. de pign. act.* Conanus *l. 4. Comm. Juris civil. c. 13.* sicut Francisc. Duarenus *in explic. tit. de pign. & hypoth. c. 1.* deducit, pignus nudâ conventione contrahi. *per § serv. 7. l. 1. ff. de pign. action. l. si tibi. 17. § 2. ff. de pact.*

Dessen aber ungeachtet/ ist man im Gegentheil versichert/ daß mit Grund Rechtens geschlossen werden könne für den Theil/ so den Gült-Brief in Handen/ ohnbetrachtet/ ob der andere Theil ein Jahr vorgehet: dessen zum ersten werden vorangesetzet ein textus in terminis *l. 7. C. de remiss. pignor.* welche die Gloss. also figurirt: Debebas mihi decem sub pignore, confectum est instrumentum super pignore, reddidi tibi cautionem, an videar, pignus remisisse quæritur? & dicitur, quod sic. Creditricem patrui tui sub obligatione fundi, ait Lex, qui per chirographum nexus pignori fuerat, jubentem eandem cautionem reddi, pignoris etiam jus remisisse videri, manifestum est. *l. labeo. ff. de pact. l. pecunia ff. de solution. l. mortis causâ capimus. §. ff. Titia. de donat. mortis caus.* Zum andern so weiß man/ Rechtens

darneben

darneben zu seyn/ quod traditio instrumenti (des Gült-Briefs) sit loco cessionis, imò ipsissima realis & plenissima cessio, *arg. l. 1. C. de donat.* adeò ut tradens instrumentum intelligatur tradere possessionem rei in instrumento comprehensæ. *d. l. 1.* Colerus *de processu executiv. p. 2. c. 2. n. 79.* nam plus esse facere, quàm pronunciare vel scribere, respondit Decius *Cons. 367. n. 3. l. si tum. §. ei, qui. ff. de ædil. edict* und einen solchen Fall allegirt Treutlerus *Cons. 113. n. 1.* Titius & Sempronius werden Bürg pro Cajo: Cajus hat dem Titio, so die Bürgschafft ohne Schadloßhaltung nicht eingehen wollen/ einen Schuld-Brief von 700 fl. cedirt; es hat aber Cajus hernacher vorgeben/ dieser Schuld-Brief wäre beeden Bürgen zum besten cedirt worden: Fragt sich/ quid juris? darauf setzet er in fine Consilii n. 48. Die Kaiserliche Majestät hätte zu Prag ex consilio Prudentum pro Titio gesprochen/ weiln dieser den Gült-Brief bonâ fide in Handen gehabt/ und derselbe ihm realiter vom Cajo zugestellet worden wäre.

Ob nun uff diesen Fall etwas ähnlichers und gleichers applicirt werden könne/ mag man wohl etwas darüber erwarten. Und solches bezeuget drittens der vornehme JCtus und Magdeburgische Canzler Henningus Hammelius *in Comment. Instit. de action. c. 20. n. 56.* Creditor, ait, cui instrumenta emptionalia agrorum oppignorata sunt, tanquam pro ipsis agris oppignoratis actione hypothecaria experiri potest. *l. 2. & ibi. B. C. quæ res pign. oblig. possunt.* Ergò à contrario sensu, wer keinen Kauf-Brief oder Gült-Brief in Handen hat/ der kan auch actione hypothecariâ, respectu gegen dem/ der solche in Handen/ utiliter nicht experiren: Aus welchem so viel erhellet/ daß entweder beym ersten Creditore nach der prima ratione eine remissio pignoris vorgangen seyn muß/ oder nach den andern und dritten derselbe gar kein constitutam hypothecam an diesem Ort allegiren/ consequenter dem secundo, quoad actionem hypothecariam, keines wegs beytragen köñe. Und irren um so viel weniger die obangesezte rationes dubitandi; dann die gemeine Regul potior est jure, qui prior tempore, hat sehr viel Abfälle/ wie gedachter Hammelius *d. l. n. 58. usque 85.* neun fallentias hinbey setzet. Dynus *ad c. qui prior. num. 7. cum seqq.* Cujacius *lib. 9. observ. c. 37.* welche doch hieherò nicht gehörig/ dann dieser primus Creditor hoc modo nur ein chirographarius, und kein hypothecarius, sind derowegen diversi tituli, da prioritas temporis nicht angesehen wird. Die andere ratio redet auch von einem solchen Fall/ da primus

& se-

& secundus Creditor ex justo & uno titulo die hypothecam constituirt bekommen/ hier aber fehlet es dem an dem titulo hypothecæ, dieweiln er keine hypothecam hat/ oder haben kan: Bey der dritten ratione gestehet man/ daß die traditio hypothecæ nicht zu geschehen pflege/ dann wer wird gern einen Bauer-Hof auf seinen Buckel nehmen wollen/ sed traditio instrumenti constituitur jus in re, nam verbum hypothecæ sæpè etiam denotat jus, quod Creditori in re oppignorata est constitutum. *l. in pr. ff. pign. act. rubr. quæ res pign. vel hypoth. oblig.* & hujus juris in re constituti dicitur, Creditor esse dominus, quemadmodum ipsius hypothecæ dominus est debitor. *l. pignus. 9. C. de pign. act.* Es ist eben nicht vonnöhten/ daß in imobilibus eine traditio vera & realis vorgehen müsse/ sufficit fictitia & symbolica: clavium traditione emptor statim emptor dominus fit ædium. *l. 74. ff. de contr. empt.* instrumento tradito res in instrumento comprehensa tradi intelligitur. *l. 1. C. de donat.* investitura confertur feudum &c. Die vierte ratio dubitandi, ob in pignore keine traditio vonnöhten/ ist nicht juris, sed contra jus, quia nudus consensus in constitutione pignoris absque traditione rei non sufficit. *l. plebs. 238. §. pignus. ff. de V. S. serv. Inst. de action.* Was aber Duareni allegirte textus anlanget/ gehören selbige Worte in den textibus. *(C. nuda conventio)* ad hypothecam & non ad pignus.

Fünfftens ist noch ein Dubium vorhanden/ so oben zwar nicht angeführet/ nehmlich der Hr. Geiß seel. hat einen chirographum, darinnen constituta hyotheca des Gülthofs zu finden/ wird also aus dem chirographo die hypotheca besteifft und prioritas fundirt werden wollen. Aber hierauf ist die Antwort/ daß auch Pfisterischen Theils eine Suevusische Obligation vorhanden/ aber über und neben derselben ist der Gült-Brief/ oder sein Instrumentum über den Gülthof zugleich tradirt und übergeben worden: Nun ließ man dieses billig paßiren quoad prioritatem, wann beederseits blosse chirographa ausgeben/ aber über diß chirographum sind dem secuudo creditori zween uralte Gült-Brieffe (de anno 1436 und anno 1479) tradiret worden/ diese Instrumenta haben scripturam privatam auf/ als Instrumenta publica mit gemeiner Stadt Rotenburg Insiegel bekräfftiget/ creditor enim habens Instrumentum publicum etiam tempore posterius præfertur creditoribus habentibus scripturam privatam debitoris tempore priorem. *text. in term. l. scripturas 11. C. qui potior in pign.* Neguziant. *de pign. & hypoth. 5. pl. princ. 2. memb. n. 72.* Tiraq. *de utroq; retr. p. 2. concl. 8. §. 1. n. 43.*

Hammelius *supra d. l. c. 20. n. 78.* dabey es dann wohl bleiben wird. Woraus dann schlüßlich zu sehen / indem Herr Geiß obberührte Gült-Brieffe als Instrumenta hypothecæ dem D. Suevo gutwillig wieder zugestellet / daß er ihme hierdurch fidem debiti absque pignore adhibiret / consequenter auch dem secundo creditori nicht vorgehen könne.

Welches / daß es den Rechten also gemäß seye / bezeuge ich Ends Unterschriebener / jedoch weiln ich naher Freundschafft halben suspect seyn möchte / da ich doch mein Gewissen um eines andern willen gar nicht zu beschweren gedencke / mag ich leiden / daß etliche Doctores zu Altdorf auch darüber gehöret / und ob dieses hieoben deducirte den Rechten conform und übereinstimmig / ihre unpartheyische Censur vernommen werde. Salvo ita illorum & aliorum accuratiori judicio. Signatum &c.

LXXI.

Responsum Juridicum, Facultatis Juridicæ Herbipolensis,

In puncto: da ein Schneiders-Jung / uf Befehl des Meisters / einen Hund ertränket. &c.

Dejenige im Namen und von wegen der Fürstl. Pfaltz-Sultzb. Hochlöbl. Canzley &c. uns Decano, Seniori, Professoribus und Doctoribus der Juristen-Facultät zu Würzburg / zu ersuchter fleißiger Uberles- dann auch in Begreiffung und Abfassung eines Ausspruchs / der und welcher den Rechten und Actis gemäß seye / überschickte facti contingentiam, eine im Julio 1635 aus Ordre und Geheiß des Steph. Hanbaums / Meister und Hof-Schneiders zu Sultzbach / durch seinen damaligen Lehrjungen / Hanns Schallern / gegen den Abend vor der Thorsperrung / in den Stadt-Wassergraben beschehene Einschleiderung eines hierdurch auch ersoffenen Hunds / dannenhero die von einem Ehrsam- und Ehrbaren gesamten Schneider-Handwerck daselbst über und wider dieses facti authorem und Urhebern / ihren Mitmeistern / vorgemeldten

gemeldten Hanbaum/ sub dato den 11 Jul. des 1653sten Jahrs derentwegen erhobenes auch prosequirtes Klagen betreffend/ haben wir wohl durchlesen/ und collegialiter nach Genügen erwogen/ befinden/ (ausser unnöhtigen Recapitulation oder Erzehlung deren über und hinüber activè und passivè gewechselter Schrifften und dessen bis zur Inrotulations Zeit vorgeloffenen Verfolgs) daß das κρινόμενον und dieser ganze Ehren-eifrige reputation-Schneiders-Krieg/ um absterfion und Verwahrung all und jedens in das wol-zünftige und cancellirte Schneider-Handwerck einreissenden unerbaren Handels oder Wandels angesehen seye/ und dannenhero uff folgende hauptsächliche resolvirliche Fragen bestehe/ nehmlich: 1. Ob Meister Steph. Hanbaum/ durch diese seine Anschaffung und dem Discipul ertheilten Befehlich/ nehmlich den Hund ins Wasser zu werffen/ sich gegen allgemeiner ehrbaren Schneiders-Gesellschafft so hoch und also vergriffen/ daß er derentwegen für einen untüchtigen Ehr-losen Meister zu halten/ deme das Handwerck niederzulegen/ er aller Handwercks-Gerechtigkeit/ als Jungen zu lehren/ Gesellen zu fördern/ offentlichen Schild und Scheer auszuhencken/ bey andern Ehr-liebenden Meister-Zusammenkunfften unberedt nieder zu sitzen/ seine Stim̃ zu geben/ auch zumaln die ihme von 32 Meistern anvertrautes Schneider-Archiv oder Laden bey sich behalten dörffe/ oder nicht? ꝛc. Die andere Frag ist/ falls und wann er Hanbaum aus dem rühmlichen Schneiders-Handwerck und deren vorerzehlten und mehr benanntbarlichen Gerechtigkeiten nicht zu entsetzen/ ob er dann aller und jeder ins Handwerck giebiger Buß und Aussöhnung befreyet/ und dafür mit Urthel und Recht durch Obrigkeitliche Sprüche zu declariren/ ledig und loszusprechen/ oder aber nicht? sondern ob nicht mehr vernünfftig seye/ daß derselbe in eine gemessene und de facili wolerträgliche Buß und respectivè Reconciliation-Straff/ sowol in die allgemeine Arcam, auch gesamten Meister und Gesellen/ ablegbar zu condemniren seye. Dahero alsdann die dritte Frag/ resolutis prioribus zu nehmen/ mehr dann die hinzwischen beyseitig/ als des Handwercks tanquam Actoris und Klägers an einem und des Hanbaums Rei und Beklagten andern Theil ufgeloffene Gerichts-Kosten/ ꝛc. nach Rechtlicher Ermässigung und Moderation, facta specifica liquidatione zu zahlen schuldig seye?

So viel nun die Erledigung der ersten Frag betrifft: sprechen und erkennen wir Dechant/ Seniores, Professores und Doctores der allhiesigen Juristen-Facultät des universal Studii zu Würtzburg hiemit zu

recht/ daß Meister Hanbaum/ durch solch sein unbedachtsames Geheiß/ Jussion, und abgebenen vereilenden Befehl/ so viel gar nicht/ noch dieses verwirket habe/daß er einen untüchtigen Meister/dem in einigerley Weg noch Weise das Handwerck niederzulegen/ oder auch einiger bey dieser 1. Frag erzehlten Freyheiten/ für unfähig zu erkeñen/ sondern um so viel hauptsächl. von angestellter Klage zu absolviren/ ledig und loß zu declariren und zu sprechen seye. Und solches aus nachfolgenden Ursachen/ weil das Schneider-Handwerck weder aus ihren eigenen privat Statuten/ noch brieflichen Urkunden/ oder auch sonsten/ wie sichs zu recht eignet und gebührt/ erwiesen/ daß ein unbedachtsam- und unausgesonnener Jussus so viel mit sich bringe und nach sich ziehe/ daß derselbe einen sonst ehrlichen Handwercksmann infamem mache rc. atque actore non probante reus etiam, si nihil præstiterit, absolvi debet, per jura notoria. Fürs ander/ daß ad infamiam incurrendam ein dolus malus nohtwendig requirirt wird/ qui non præsumitur, sed probari debet. Nun ist aber des Meister Hanbaums intention und Meynung gar nicht gewesen/ dem Ehrsamen Schneider-Handwerck einen Schandfleck rc. noch auch ihme anzuhencken/ oder auch einigen Despect der Zunfft anzuthun. Fürs ander/ daß der gesamten Meister Schneider die den 11 Julii 1653 vor Raht gethane petition contestando litem gar nicht dahin gehet/ noch zielet/ daß man den Hanbaum exauthoriren/ sondern ein Weißlöbl. Raht die günstige Verordnung thun solle/ damit sie des Handwercks unangefochten verbleiben mögen: so ist dann Hanbaum auch in kein mehrers zu condemniren; ratio in promptu est, quia post litem contestatam non licet variare actionem aut libellum. Ist also die erste Frag erlediget/ nemlichen/ daß er Hanbaum für einen redlichen Meister/ Einwendens ungehindert/ zu erkennen/ und die ihme spoliatò abgenommene Laden oder Truhen ohnverlängt zu restituiren seye rc. V. R. W.

Anlangend die andere Frag/ sprechen und erkennen wir zu recht/ daß Hanbaum/ andern ins künfftige zur exemplificirender Abscheu/ eine doch leidentliche und von dem Landes-Fürsten moderirliche Geld- oder Wax-Buß in die Laden zu vermitteln/ und dann fürs ander/ um Reconciliation und Aussöhnung dem gesamten Handwerck einen geziemenden und gemessenen Ehren-Trunck zu geben und zu reichen schuldig seye.

Betreffend die dritte Frag/ wird Hanbaum in die beweisliche Gerichts-Unkosten/ (salvâ moderatione judiciali) dem Schneiders-

Hand-

Handwerck zu refundiren/ hiemit condemniret und verdammet/ und solches aus gewissen und hierzu bewegenden Ursachen. Ita conclusum in consilio nostro, 1655. 26 Jan.

(L. S.)

Ita sentiunt Decanus, Seniores, Professores & Doctores Facultatis Juridicæ Herbipolensis.

LXXII.

Ob die Ehe in tertio gradu cognationis inæqualis: *Item:* Ob solche in secundo gradu affinitatis lineæ æqualis zuläßig?

ALs ihr uns zwo unterschiedliche Supplicationes, deren eine Wilh. Offnen untern dato den 24 Martii, die andere Hanns Neuschild untern dato den 20 April. jüngsthin an euch abgehen lassen/ wie auch die von der Theologischen Facultät zu Leipsig/ uff Burgermeister Ciliax Ernsts Nachsuchen/ am 29 Mart. nächst verschienen 1619den Jahrs ausgestellte Belernung Information zugeschickt/ und wessen ihr euch der gesuchten Ehe-Dispensation halber gegen die in der Beylag lit. A. benannte Person zugehalten haben möchtet/ euch zu belehren gebetten hat. So haben wir demnach dieselbe mit Fleiß durchlesen/ erwogen/ und ist wol nicht ohne/ daß in den Päbstische Geistl. Rechten die Ehe in gradu tertio cognationis lineæ inæqualis, dariñen H. Neuschild und Justina/ C. Ernsts Tochter/ wie auch in gradu secundo affinitatis lineæ æqualis, dariñen Wilh. Offnen und Catharina/ Andreas Ernsts Tochter/ gegen einander respectivè stehen/ verboten/ denselben sich auch

der mehrer Theil der Augsburgischen Confession Stände disfalls durch besondere Constitutiones conformiret. Und es gleichwohl auch der Ehrbarkeit gemäß ist/ daß man nicht allzunahe ins Geblüt freyet: jedoch und dieweil bey der Stadt Nordhausen dergleichen Constitutio in istis gradibus matrimonii prohibitiva, wie wir vermercken/ niemals gemacht/ und dieselbige Stadt/ als ein Stand des Reichs/ der Augsburgischen Confession verwandt und zugethan/ an das Päbstische Recht nicht verbunden/ und sowol in Heiliger Schrifft/ als in den Kaiserlichen weltlichen Rechten/ die Ehe in vor-angedeuteten Gradibus nicht verboten. So bedürffe es zwar bey erwehnten beyden Fällen keiner sonderbaren Dispensation; es wäre aber gleichwohl propter Exemplum nicht undienlich/ daß den Ansuchenden die Ehe per Dispensationem gestattet/ und sie angewiesen wurden/ zu deren Erlangung je etwas zu milden Sachen zugeben/ und möchtet ihr durch ein besonders Statutum publiciren lassen/ wie ihr es künfftig in solchen Fällen gehalten haben woltet/ und hättet ihr euch den andern Augsburgischen Confession-Verwandten/ und sonderlich eurer benachbarten Kirchen-Ordnung eurer Stadt und Kirchen Gelegenheit nach/ zu accommodiren/ und es sonderlich dahin zu richten/ daß die Ehe in secundo gradu, itemque in gradu tertio lineæ inæqualis, tàm affinitatis quàm cognationis verboten und nicht zugelassen seyn sollte/ doch daß ihr euch in gradu tertio lineæ inæqualis die Dispensation in alle wege vorbehalten haben wollet/ gleichwol aber dieselbe Dispensation nicht anders als aus sonderbaren erheblichen und hochwichtigen euch darzu bewegenden Ursachen geschehen sollte/ und hättet ihr eine Straffe uff diejenige/ so wider solch eure Ordnung handeln würden/ zu setzen von Rechts wegen. &c. Zu Urkund &c. &c.

Decanus und andere Doctores der Juristen-Facultät in der Universität Marpurg. &c.

LXXIII.

LXXIII.

Quæstio: Ob einer seines verstorbenen Weibs leibliche Schwester zu heurahten per dispensationem erlangen möge?

Als ihr uns/ wie daß bey euch zu N. ein wol-begüterter 60 jähriger Patricius, welcher eines Christlichen Handels und Wandels/ und der lezte seines Geschlechts/ Stammen und Wappens/ an seines sine prole verstorbenen Weibs leibliche Schwester sich verehlichen und copuliren zu lassen/ nicht ungemeynet/ wann ihm anders vermittelst sonderbarer dispensation, gegen Erlegung einer ansehnlichen Summa Gelds/ tàm ad Fiscum, quàm pios casus, ein solches in Rechten nachgelassen/ und von der Obrigkeit/ welche sich bishero ohne vorhergehende rechtliche information darzu nicht verstehen wollen/ der wegen vorgangener langwühriger Kriegs-Pressuren und überschwenglichen Contribuirens Geld-nohtdürfftigen gemeinen Stadt/ Kirchen und Schulen zum besten verstattet werden möchte/ umständiglichen zu vernehmen gegeben/ und euch darüber/ des Rechtens zu berichten/ gebetten. Demnach erachten wir/ uff fleißige Erwegung dieses Falls Umständen/ den Rechten gemäß seyn/ daß gestalten Dingen nach die weltliche Obrigkeit/ bey welcher das Jus Episcopale unstrittbar beruhet/ in gegenwärtigem Fall/ und dieweil diese Ehe in Göttlicher H. Schrifft expreßè und in specie nicht verboten/ gegen Erlegung einer ansehnlichen Summa Geldes/ mit ausdrücklichem Verbot künfftiger ärgerlicher Nachfolge/ über obgedachte Sponsalia zu dispensiren/ und eine solche Ehe/ ohne Verletzung der Contrahenten Ehren und Standes wohl verstatten könne von Rechts wegen. Urkundlich haben wir dieses mit unserer Facultät Insiegel bekräfftiget. Actum Erfurt am 14 Maji, 1631.

Dechant/ Senior, und andere Doctores der Juristen-Facultät bey der Universität daselbst.

LXXIV.

LXXIV.

Folget noch ein Rechtliches Bedencken/ so Herr D. Ludwell seel. nomine Facultatis Juridicæ Altdorphinæ ausgefertiget.

Eine strittige Erbschafft betreffend/ so wol in petitorio, als possessorio.

DEmnach uns vorgesezte Facti Species und daraus gezogene Fragen samt etlichen Beylagen sub lit. A. B. C. D. um unser Rechtliches Gutachten zugeschicket; Als haben wir solches alles collegialiter verlesen/ und mit gehörigem Fleiß wohl erwogen. Und hat es bey der ersten Frag/ so viel das petitorium betrifft/ Anfangs das gänzliche Ansehen/ als wann die Klägere in ihren suchen nicht gnugsam fundirt wären/ aus folgenden Ursachen: Dann 1. ist diß Orts der Stritt nicht von Erb- und Verlassenschafft der Eltern oder Kinder/ in linea ascendenti & descendenti, sondern eines Seiten-Freundes in linea collaterali, quo casu proximiorem excludere remotiorem expeditum est, per textum expressum *in n. 118. c. 3.*

Auth. post fratres. *C. de legit. hæred. ibique Gloss. & Dd. com.*

Forst. *de Success. lib. 8. c. 9.*

Schneidevv. *ad t. Inst. de heredit. quæ ab intest. defer. c. de tert. ord. succed. num. 31.*

Nicht allein in denen Gütern/ so sie durch ihren Fleiß und Arbeit gewonnen und zuwegen gebracht/ sondern auch in denjenigen/ so sie von ihren Eltern und Vorfahren ererbet haben. Hereditas enim, sive ex testamento, sive ab intestato adita, hereditas esse desinit, & patrimonium heredis esse incipit, & cum bonis ejus confunditur, *§. 1. in f. Inst. Qui & ex quib. caus. manumitt. non poss. l. Sed si 10. §. filio. 2. ff. de vulg. & pupill substit. l. ult. in f. C. de inoff. testam* licet interdum etiam post aditionem dicatur hereditas, *ut in l. ult. §. Sin autem C. de bon. quæ liber. sed impropriè secundum* Bald. *in l. 4. ff. de bon. possess. & ad rubr. ff. de acquir. vel omitt. heredit.* Hieron. Schurff. *cent. 1. cons. 96. num. 17. & 18.* Adde Udalr. Zas. *lib. 2. cons. 1.* & Robert. Marant. *d. 10.* Wann dann die Beklagte dem Lorentz von M. (von dessen Erbschafft anizo gestritten wird) im vierten/ die Kläger aber im fünfften Gradu

cogna-

cognationis verwandt/ als werden die Klägere von den Beklagten/ tanquam remotiores à prioribus, in der ganzen strittigen Verlassenschafft billig ausgeschlossen/ per ea, quæ modo dicta sunt.

2. So hat sowol Amalia als Maria, beede gebohrne von M. von denen die Klägere herrühren/ ihrem eigenen Bekañtnuß nach/ Verzicht gethan/ und alles vätterlichen/ mütterlichen und brüderlichen Guts sich begeben/ worzu auch die Maria, vermög vätterlichen Testaments/ davon Copia sub lit. A. ausdrücklich verbunden gewesen/ Renunciantes autem Juribus sibi competentibus, ad ea redire non possunt, *l. quæritur 14. §. Si venditor. 9. ff. de ædilit. edict. l. postquam 4. C. de pact. cum similibus.*

Phil. Dec. *Consf. 389. num. 10.*
Joh. Petr. Surd. *Consf. 133. num. 1.*
Borch. *Consf. 4. p. 37. & Consf 10. p. 126.*

Adeòque ut ne liberi quidem ex persona propria ad successionem avi vel proavi admitti possint: cùm heredes renunciantis procul dubio extiterint, heredes autem factum defunctæ præstare necesse habeant, *l. cùm à matre 14. C. de rei vindicat. ibique Gloss. & Dd.*

Schurff. *Cent. 1. Consf. 50. n. 14. & in terminis renunciationis.*
Philipp. Frank. *ad c. quamvis. 2. de pact. 6. num. 14. cumque referens* Marant. *d. d. 10. n. 2.*

3. Und wann man schon einwenden wollte/ daß solche renunciatio sub conditione, si fratres absque heredibus masculis decesserint, geschehen/ und solche conditio nunmehr erfüllet/ also die renunciatio wiederum erloschen wäre/ *l. pecuniam 36. in f. ff. de reb. credit. l. necessariò. pr. vers. quod si sub conditione. ff. de peric. & comm. rei vendit.* Zas. *d. consf. 1. n. 67.* so würde doch solche conditio allein von dem Fall zu verstehen seyn/ wann die Brüder bey Lebzeiten des Vattern ohne mannliche Leibes-Erben todtes verfahren/

secundum tradita Geil. *2. obs. 48. n. 10. ubi ait:*

In materia renunciationis firma conclusio est, filiam per renunciationem successionis paternæ non censeri perpetuò exclusam, sed tantùm quousque supersint masculi: proinde si fratres, quorum favore renunciatio facta est, patre adhuc superstite, è vita decedant, filia non obstante renunciatione ad successionem patris admittitur: ubi

verba illa (patre adhuc superstite) non frustra ipsum adjecisse credendum est. Renunciatio enim ejusmodi in favorem fratrum facta est, adeòque cessante favoris causâ, & effectum cessare debet, *c. cum cessante. 60.* ✕. *de appellat. ibique Gloss.* Everh. *in Topic. loc. 80. num. 4.* & renunciatio ut alii actus semper rebus sic stantibus intelligi debent. *l. quare 54. §. 1. locat.*

Tiraq. *ad l. si unquam. 8. C. de revoc. donat. in præfat. n. 66. 67.*
Bened. Carpz. *in jurispr. forens. p. 2. constit. 35. def. 23.*
Adde Covar. *ad d. c. quamvis. 2. de pact. in 6. p. 3. §. 3. n. 4.*

Nun aber ist ausser Zweiffel / daß die Brüder erst nach des Vattern und Schwester Tod verstorben / also nunmehr der Schwester Nachkommen billig zu der strittigen Verlassenschafft / vigore conditionatæ renunciationis, nicht zugelassen werden mögen. Und solches

4. Um so viel desto mehr / dieweil sonsten / wann diese Condition und Reservat weiter hinaus ad quartum vel quintum gradum extendiret werden sollte / die dominia rerum semper in incerto bleiben würden / contra omnia præscriptionum jura, quibus constitutum est, daß alle Klagen und Forderungen / sive sint speciales actiones, sive universales, durch Verfliessung 30 oder zum höchsten 40 Jahren (dergleichen Zeit in diesem Fall zweiffelsfrey längst vorüber) verleschen und præscribirt werden. *l. sicut. 3. & l. sequent. C. de præscript. 30. vel 40. annor. ibique Gloss. & Dd. comm.* Und ist solche exceptio sive præscriptio der Wirckung / ut sit litis finitæ, & agentem à limine judicii repellat. *c. 1. de lit. contestat. in 6. ibi Gloss. & Dd.* Bart. *in l. nam posteaquam. 5. pr. ff. de jurejur.* Wann gleich die Partheyen sich in den Acten darauf nicht gezogen / dummodo aliàs evidenter ex Actis appareat. Mynsing. *Cent. 3. obs. 28.*

5. Ist Frau Maria / gebohrne von M. längst vor Lorenz von M. und ehe dieser Casus Successionis in rerum naturam kommen / todtes verfahren / hat also nichts auf ihre Kinder und Nachkommen bringen können; Quando autem fœmina eo tempore, quo masculi deficiunt, in rerum natura non est, sed jam prædecessit, jus succedendi ad liberos transmittere non potuit, cùm jus non esset quæsitum, nec delata hereditas, nec jus deliberandi locum habeat. *l. cùm in antiquioribus 19. C. de jur. deliberat.*

Bart.

Bart. *in l. fin. §. quando n. 3. ff. ad SCt.* Tertull. Bertazzolt. *Conf. 109. num. 23.*

6. Ist der Regreß oder Ruckfall allein sub conditione (nempe si linea mascula defecerit) vorbehalten: diese condition aber vermag für sich kein fideicommissum, oder einige dispositionem einzuführen/ cùm conditio nihil ponat inesse. *l. ex facto. 19 ff. de heredib. instit. l. si quis 8 ff. si quis omissa caus. testam ab intestat.* nec testamento positi in conditione, in dispositione vocati intelligantur. Peregrin. *de fidei-comm. art. 28. num. 1. & 5.* Tessaur. Dec. *96 n. 4. & Dd comm.* teste Geil. *2. obs. 136 n. 18.* Können demnach die Klägere/ vermög solcher conditional Reservation, das vermeynte Jus succedendi beständig nicht gründen.

7. So ist auch ausser Zweiffel/ daß die Söhne den Vatter überlebet/ also die Schwestern von der Erbschafft wircklich ausgeschlossen haben. Fœmina autem per existentiam masculi semel exclusa, in perpetuum exclusa intelligitur,

per text. in C. item si. §. quin etiam. Episcop. vel Abbat. vel Abbatiss. &c. 1 F. 6.

ibique Andr. de Isern. *num. 3.*

Bald. *num. 3.*

Alvarott. *num. 3. & 4.*

Cunijun. *de feud. p. 3. num. 32.*

Zas. *p. 8. num. 58.*

Schrad. *p. 7. c. 4. n. 83. scil. & lib. 2. obs. 148. n. 1.*

Bernh. Guev. *Pract. concl. lib. 2. concl. 148.*

Fachin. *7. controv. 45. & Dd. comm.*

Idque non in feudis tantùm, sed etiam in bonis allodialibus obtinere tradit Bart. *in l. ult. ff.* ad SCt. Tertull. Peregrin. *de fideicomm. art. 29. num. 22.* Tessaur. *Decis. 63. num. 5.*

8. Procedit hæc Regula etiam in Statutis fœminas extantibus masculis, excludentibus, ut fœmina semel per masculum exclusa in perpetuum exclusa maneat. docente Bart. *in l. ult. pr. ff. ad SCt. Trebell. & Bald. in Auth. etsi quis. vers. & per hoc infertur. C. de sec. nupt.*

A Statutis autem ad pacta & renunciationes in jure firmiter concluditur, ſecundum Jaſon. *in l. non impoſſibile. 50. ff. de pact.* Mynſ. *Dec. 1. Reſponſ. 10. num. 83. & Dec. 2. Reſp. 13. num 9.*

9. Tandem & conſuetudo inveterata adduci ſolet, quod inter Nobiles receptum, & non obſtante reſervatione à fœmina facta, maſculus ultimò decedens de bonis iſtis teſtamento diſponere poſſit, ne alias libera teſtamenti factio tolleretur. Cujusmodi conſuetudinis mentionem facit Reuſn. *lib.* 1. *Conſ. 12. n. 27.* Poſitâ autem hâc conſuetudine etiam illud ſequitur, quod maſculus decedens ad proximos ab inteſtato venientes, non ad remotiores bona hæc transmittat. *arg. pr. §. 1. & ſeqq. Inſtit. de heredit. quæ ab inteſt. defer. pr. & tot. tit. Inſtit. de legit. adgnat. Succeſſ.*

Allein wird dem Beklagten hinwiederum entgegen geſetzet/ 1. daß die renunciatio hereditatis paternæ, maternæ & fraternæ nicht anders geſchehen/ oder doch (vermög våtterlicher Diſpoſition) geſchehen ſollen/ als ſub conditione, wann mannliche Leibes-Erben vorhanden wåren/ wann aber die Söhne ohne mannliche Leibes-Erben todtes verfahren; alsdann die Töchtere und deroſelben Leibes-Erben mit denen von den Söhnen hinterlaſſenen Töchtern zugleich beerbet seyn ſollten/ wie die beyliegende Copia des våtterlichen Teſtaments ſub lit. A. mit mehrern ausweiſet. Dadurch dann nicht allein die renunciatio ſub conditione, wann Söhne/ oder dero Leibes-Erben vorhanden/ geſchehen/ ſondern auch contrario eveniente caſu, die Succeſſion den Töchtern und dero Leibes-Erben expreſſè reſerviret und vorbehalten worden. Wann dann nun die Conditio und Fall durch Abſterben des Lorenz von M. als lezten Manns-Erben des Valentin von M. ſich ereignet/ alſo die conditio renunciationis (ſi qua facta) erloſchen/ hingegen die Conditio reſervationis purificirt/ als mag die renunciatio der Mariæ und Amaliæ von M. Erben nicht ſchaden/ ſondern müſſen vielmehr vi reſervationis factæ zu der våtterlich- mütter- und brüderlichen Erbſchafft zugelaſſen werden. Cum enim conditio, ſub qua jus ſuccedendi reſervatum, extiterit, proindè habetur, ac ſi renunciatio nunquam facta fuiſſet, *l. pecuniam 36. in f. ff. de reb. credit.*

Roland. à Valle *lib. 3. Conſ. 58. num. 15.*
Cravett. *Conſ. 62 num. 1.*
Adde Thom. Michaël. *Vol. 3. apud* Klock. *Conſ. 106. num. 17. & ſeqq. aliquot.*

2. Daß

2. Daß dergleichen renunciationes in favorem familiæ ad conservandam & augendam eam zu geschehen pflegen/ wie auch bey dieser (so vielleicht noch an Tag kommen möchte) das Testament solches gnugsam zu erkennen gibt/ und ohne dessen nach gemeiner Lehr der Rechts-Gelehrten/ quando non extantibus masculis renunciatio interponitur, licet favoris familiæ nulla expressa facta mentio, ea tamen in masculorum duntaxat favorem, adeòque familiæ conservationem facta intelligitur. Phil. Dec. *Conf. 372. num. 4. & 5.* Tubingens. *p. 4. Conf. 171. num. 39.* Nun aber ist disfalls durch den Tod Lorenz von M. der favor familiæ erloschen/ und muß demnach auch die darauf gegründete renunciatio selbst fallen/ und zunichte werden. Cessante enim causâ finali, (qualem hanc esse constat) cessat & ipsa dispositio. *l. quod dictum. 32. ff. de pact. c. cum cessante. 60.* ✂. *de Appellat. ibique Gloss.*

Everh. *in Topic. loc. à cessatione rationis. 80. n. 4. & 5. & in terminis renunciationis.*

Vinc. Honded. *Conf. 29. n. 7. & seqq. aliquot.*

Nic. Reusn. *Vol. 1. Conf. 12. num. 86. & 87.*

3. Seynd viel vornehme Rechts-Lehrer der Meynung/ quod familiæ licet semel per existentiam masculorum exclusæ, tamen propterea in perpetuum exclusæ non intelligantur, sed deficientibus masculis ad Successionem admittendæ sint, *tum per textum in c. qui sibi. de eo, qui sibi vel heredib. suis masc. & fœmin. & c. 2. F. 17.* ubi fœminæ in Successione feudi locus non est, donec masculus superest: Eo si masculus non superest, admitti fœmina debet, argumento à contrario sensu, quod firmissimum est in jure nostro, ut testatur Everh. *in Top. loc. à contrar. sens. 82.* tùm quod in dubio ea capienda sit interpretatio, ne diligens primi acquirentis provisio inanis reddatur, quæ procul dubio hæc fuit, ut feudum ad heredes suos, non tantum ad masculos, sed iis deficientibus, etiam ad fœminas pertineat, *arg. cùm duo fratres. de duob. fratr. à capitan. investit. 2. F. 18.* Jacob. de Bellovis. *ad c. item si §. quin etiam. 1. F. 6. ibique.* Cujac. Jacob de Ardoz. *c. 137. vers. unde ex hoc videtur.* Sonsbeec. *p. 9. n. 131.* Petr. Heig. *lib. 1. qu. 26.* Hartm. Pistor. *p. 2. qu. 36. n. 11. & seqq.* Rosenth. *c. 7. concl. 44. n. 15. & alii ab eo allegati.* Et pro hac opinione aliquoties respondit Collegium JCtorum Marpurgens. ut apparet *ex Conf. 20. n. 66. Conf. 23. num. 24. Vol. 1. Conf. 18. n. 52. Conf. 26. n. 63. & seqq. Vol. 2.* Item Lipsiens. apud Carpzov. *in jurisprud. for. p. 3. Const. 28. def. 15.*

Und 4. gesezt / es müste der opinioni comuni, quam aliàs in dubio sequi debemus, auch disfalls nachgegangen werden / so redet doch 1. dieselbe de feudali, non allodiali Successione, quæ hujus loci quæstio est. 2. Wird solche insgemein dahin restringiret / quando exclusio simpliciter facta est, non si ad tempus donec vel quousque masculi supersint: ut hoc casu etiam in feudis fœminæ licet semel per masculos exclusæ, adhuc ad Successionem admitti debeant. *arg. d. c. qui sibi. 2. Feud. 17.*

Borch. *de feud. c. 7. membr. 2. num. 36.*
Hartm. Pistor. *d. p. 2. qu. 36. num. 31.*
Hieron. Garzon. *de fœmin. ad feud. recip. &c. n. 35.*
Geil. *2. obs. 148. num. 3. in f. & Dd. comm.*
teste Rosenth. *d. c. 7. concl. 45. num. 18.*

5. Hat es eben die Meynung mit den Statutis, in quibus fœminæ extantibus masculis, vel donec masculi extiterint, à successione excluduntur, ut videlicet post extinctam masculinam lineam, fœminæ ad succedendum admittantur, quoniam verba ista: donec, quousque, quamdiu &c. temporalem tantùm non perpetuam exclusionem important, ut tenet expresse Bart. *in l. fin. §. 1. ff ad SCt. Trebell. n. 2. pr. Dec. Cons. 506. num. 2. & Dd. comm.* Geil. *d. obs. 148. n. 4. & seqq.* Bern. Græv. *lib. 2. conclus. 148.* Imò, etiamsi verba ista, donec, quousque, quamdiu, &c. in Statuto non reperiantur, sed simpliciter conceptum sit, existentibus masculis, fœminas excludi, tamen non in perpetuum excludi, propter duos ablativos absolutos, qui conditionem inducunt, voluit Forst. *de Success. lib. 3. c. 15.* Nun befindet sich aber in Valentin von M. Disposition, sub lit. A. (daher die Successions Frage ihren Ursprung hat) dergleichen temporalis exclusio klärlich / indeme auf den Fall non existentium masculorum, den Töchtern die Succession ausdrücklich bedinget / und vorbehalten / wie bereits oben erwehnet worden.

6. Möchte an der von den Klägern angezogenen Consuetudine wol so sehr nicht zu zweiffeln seyn: alldieweil nicht allein in etlichen judiciis inferioribus, sondern auch in supremo Cameræ Imperialis Tribunali unterschiedlich in dergleichen Fällen pro admittendis fœminis ita exclusis gesprochen werden / weil bey dem Mynf. *Respons. 56. & 97.*

& 97. Reusn. *d. consil. 12. n. 114. & seqq.* Thom. Michaël *d. cons. 106. num 36 & seqq aliquot* zu sehen ist. Optima autem probandi consuetudinem ratio est, si ea contradictio judicio firmata fuerit. *l. cum de consuetudine 34 ff. de legib.*

Donell. *lib 1. comm. 10.*

Ant. Fab. *ad l 35. ff. de legib.*

Mascard *de probat. vol. 1 concl. 425. n. 3. & Dd. comm.*

Adde Joh. Fichard. qui hanc consuetudinem in universa Germania receptum testatur. *lib. 1. cons. 52. num. 18.*

Diesen nun thut keinen sondern Abbruch/ was oben pro contraria opinione in favorem der Beklagten angeführet worden. Dann 1. ist ein Unterschied zu machen zwischen den Gütern/ so von Valentin von M. beweißlich herrühren/ und denen/ so Lorenz von M. von seiner Mutter ererbet/ oder selbst für sich durch seine industriam erworben/ dergestalt/ daß jene den Klägern ausgehändiget/ per rationes modò adductas; diese aber den nächsten Verwandten billig bleiben müssen/ wie bey der dritten oder lezten Frage gemeldet werden solle. Und hindert nichts/ quod & avita & fraterna bona, per additionem Laurentii ultimi defuncti propria facta fuerint; Nam bonis istis reservatio juris succedendi in defectum masculorum tanquam onus aliquod annexum fuit, & proinde ea cum hoc onere ad quemcunque Successorem translata sunt. Unde existente conditione & cessante renunciationis causâ, idem est, ac si renunciatio nulla facta fuisset, consequenter bona filiabus vel earum descendentibus meritò restitui debent. Adde Albert. Brun. *Tr. de Statut. fœmin. excludentib. art. 10.* & Giph. *de renunciat. successf. c. 6. quæst. ult.*

2. Ist die renunciatio nicht simpliciter, sondern sub conditione & cum expressa reservatione juris succedendi in eventum deficientium masculorum, vorgangen/ wie bey der ersten ratione decidendi mit mehrern erinnert worden. Und irret 3. nicht/ daß solche conditio allein uf den Casum, quando fratres, in quorum favorem renunciatio facta est, patre adhuc superstite, è vita decedant, ex Geil. *2 obs. 148. n. 10.* restringiret werden will. Dann zu geschweigen/ daß Geil. solchen Casum nur exempli loco anführet/ exempla autem regulam restringere non soleant. *l. damni 30. §. ult. ff. damn. infect. l. pen. §. ult. vers.*

verf. & licet municipium &c. ff. de jur. & fact. ignor. l. 1. §. quod vulgo. 25. de vi & vi armat. so ist auch bereits in secunda ratione decidendi erwehnet worden / daß insgemein dergleichen renuciationes zu Erhaltung und Ufnehmen der Adelichen Familien geschehen / quo favore cessante & ipsa renunciatio cessare debeat: sive masculi, per quos quod solos familiam conservari constat, ante, sive post mortem patris, sive fratris mulieris renunciantis, sive ulteriores agnati defecerint. Adde Vincent. Honded. *d. conf. 29. num. 111.*

4. Hat man sich diß Orts keiner Ungewißheit der dominiorum zu befahren / so wenig / als in feudis aliisque familiæ bonis, quæ si ad unam fortè lineam translata fuerint, eâ extinctâ, ad alias iterum deferuntur, *c. successionis in f. de natur. success. feud. 2. F. 50. ibique Gloss. & Dd.* So wird auch vor der præscriptione ganz vergebens disputiret / quoniam ea non volenti agere nunquam currit. *l. 3. ibi: ex quo jure competere cœperunt &c. C. de præscript. 30 vel 40 annorum. l. 1. §. 1. ibi, ex quo ab initio competit &c. C. de annal. except.* Nun aber hat die actio in diesem unserm Casu, so lange Manns-Erben vorhanden / nicht intentiret: und demnach auch per præscriptionem quamvis longissimi temporis nicht ufgehoben / noch die Weibsbilder / oder deren Descendenten ausgeschlossen werden können. Honded. *d. conf. 29. n. 62. & seq.*

5. Kan man nicht wohl zugeben / daß Valentin von M. Tochter kein Jus quæsitum gehabt haben solle / sintemal sie alsobald nach seligen Hintritt ihres Vatters das Jus succedendi erlanget / und solches auch ante aditionem, quæ suspensa non sublata hoc casu fuit, ad descendentes wol transmittiren können / *per textum in l. un. C. de his, qui ante apert. tabul. heredit. transmitt. ubi Gloss. & Dd. comm.* Und solches diß Orts um so viel desto mehr / weil eine renunciatio, quam pactis fieri constat præsupponiret wird. Pacta enim suâ naturâ ad heredes transeunt, *l. si pactum. 9 ff. de probat. c. duo fratres, de duob. fratr. à Capitan. investit. 2 F. 18.* & jus conditionale ex contractu competens ad heredes transmittitur, *§. sub conditione. 4. Inst. de V. O.*

Cravett. *conf. 127. num. 9. & seqq.*
Mynf. *Respons. 97. num. 12. & seqq.*
Adde Reusner. *d. consil. 12. n. 67. & seqq. aliquot.*

6. Besin-

6. Befindet sich diß Orts keine nuda und simplex conditio, sondern zugleich eine expressa reservatio juris succedendi in casum deficientium masculorum facta, wie bey der ersten ratione decidendi vermeldet worden/ zu geschweigen/ quod interdum conditionalia verba disponant, *in l. fideicom. 11. §. cùm esset 3. ff. de legat. 3.* Und nach vieler Rechts-Lehrer Meynung/ etiam in conditione positi ex testamento vocati intelligantur, ut videre est apud Honded. *Vol. 1. conf. 65. n. 18.* ausser Zweiffel aber quod saltem ab intestato admitti debeant. *l. Lucius 85. ff. de hered. instit.* Geil. 2. *observ. 136. num. 20.* Zudeme wird von den Klägern eine renunciatio angezogen/ quo casu tanquam in pacto aliàs non obtinet regula: quod positi in conditione non censeantur vocati, *per l. inter socerum. 26. §. cum inter. 2. ff. de pact. dot.* Gabriel *in comm. concl. t. de fideicomm. concl. 4. num. 50.* Honded. *superiùs allegato consilio 29. num. 103.*

Die 7. und 8. ratio dubitandi haben ihre Abfertigung bey der 3. 4. und 5. ratione decidendi, dahin wir uns geliebter Kürze halben referirt haben wollen. Und so viel von dem petitorio.

Anlangend das possessorium, so ist in genere versehenen Rechtens/ quod nemo in possessione sua turbandus, *l. 1. & t. t. ff.* uti possidet nec sine causæ cognitione eâ privandus sit. *l. 1. & tot. tit. ff. de vi & vi armat. ne prædo quidem sive malæ fidei possessor l. un. C. si per vim vel alio modo &c. l. 7. ad l. Jul. de vi publica vel privat.* Wann dann die Beklagten der strittigen Erbschafft possession, quæ tunc planè vacua fuit, nullo penitus contradicente, sich unternommen/ wie in figuratione casûs gemeldet wird; als werden sie auch dabey billig geschützet und erhalten werden müssen/ biß die Kläger ihr prætendirtes Recht zur Gnüge ausgeführet haben. Possessor enim ex eo solo quod possidet, vincit, etiamsi de jure possessionis suæ non doceat, nisi actor plenè probaverit intentionem suam, *d. l. 1. §. interdictum, a. 6 ff. uti possidet. l. qui accusare. 4. C. de edend. l. fin. C. de R. V.* Vasq. *lib. 2. controvers. illustr. c. 85. n. 1.* Ludolph. Schrad. *conf. 20 inter conf. Borcholt. p. 2.*

In specie aber befinden sich bey des Lorenz von M. Verlassenschafft unterschiedene Güter/ deren etliche von seinem Avo herrühren/ und mit dem onere reservatæ successionis uf ihn kommen seyn: etliche von seiner Mutter uf ihn geerbet/ oder von ihm selbst erworben worden. Gleichwie nun in jenem im Stand Rechtens die Beklagten schwerlich

hinauslangen dörfften: sintemal die Klägere in petitorio besser fundiret/ und einen zurecht passirenden titulum vor sich haben/ wie aus demjenigen/ so oben mit mehrerm ausgeführet/ leichtlich abzunehmen ist: Possessionem autem titulatam, ut Dd. loquuntur, non titulatæ præferri tralatitium est. Casp. Klock. *tom. 3. cons. 181. num. 161.* Also werden sie (unsers wenigen Erachtens) in diesem keines widrigen Urthels sich zu befahren haben; eben aus der Ursach/ weil sie in petitorio besser fundirt/ und einen richtigen Titul avitæ hereditatis gnugsam erweisen können. In remedio enim retinendæ possessionis is obtinet, qui possessionem titulo aliquo colorat. Angel. Aret. *ad quadrupli. 25. n. 44. Inst. de actionib.* Petrus Wesenbec. *Cons. 3. num. 29.* & allegans atque tituli productione justificans possessionem suam manutere pendente lite debet. *arg. l. vis ejus. 15. C. de probat. c. cum persona. 7. de privileg. in 6. c. ad decimas. 2. de restitut. spoliator. in 6.*

Cæs. *Contrad. ad l. diffamari. 5. C. de ingen. manum. c. 4. n. 26.*

Hartm. Pistor. *lib. 2. p. 2. qu. 46. num. 6. & seq.*

Casp. Klock. *d. cons. 181. num. 163. & 164.*

Si modò res ita, ut in figuratione casûs proponitur sese habeat. Dann wann (nach der Klägere Vorgeben) man die possessionem clàm vel vi ergriffen haben sollte/ wäre der Schluß leicht zu machen/ daß in possessorio wenig auszurichten seyn würde: Cùm vitiosa possessio nullum jus tribuat, nec effectum ullum operetur,

Jason. & Dd. *in l. justè 11. ff. de adquirend. possess.*

Geil. *de Arrest. Imper. c. 1. num. 22.*

Vult. *Vol. 3. Marpurg. Cons. 22. num. 101. & seq.*

Cothmann. *Vol. 1. Respons. 9. num. 108. & seq.*

2. Die 2. Frag begreiffet die ganze Forderung der Klägere/ und was uf derer nunmehr täglich erwartende gerichtliche Klage/ perimendo vel elidendo, einzuwenden? da sich dann/ nach Ausweise der Rothweilischen Hof-Gerichts Verkündigung/ dreyerley Puncten befinden: Als 1. Injuriarum. 2. Possessorii, und 3. Petitorii. Und dieweil des ersten Puncten halber wir ganz keine Nachricht haben/ als können wir auch unser Gutachten darüber nicht ertheilen. Die andern beeden haben ihre Abfertigung aus demjenigen/ so bey der ersten mit mehrerm angeführet worden. Und hat man sich mit dem possessorio nicht sonderlich aufzu-

halten/

halten / diemeil (allem Ansehen nach) man uf das petitorium vornehmlich dringen dörffte. In welchem zwar alle oben angezogene rationes dubitandi gebrauchet werden möchten / vor andern aber zu urgiren wäre. 1. Quod conditio renunciationis non in genere in casum deficientium masculorum, sed in casum deficientium fratrum, si fratres, patre superstite, sine heredibus masculis defecerint, collata sit: wie solches nicht allein aus dem Testamento Valentin von M. 2c. sub lit. A. (secundum quod procul dubio facta est renunciatio) sondern auch aus der Ehe-Beredung / zwischen Hanns Ludwig von M. und Jgf. Eva Zoblin / sub lit. D. gnugsam zu sehen ist. In welchen beeden ausdrücklich nur der Brüder und deren mannlichen Erben / nicht aber des mannlichen Stammens in genere gedacht wird. Nun ist aber auser allen Zweiffel / daß die Brüder nach dem Vatter / und zwar der eine mit Hinterlassung eines Sohns verstorben / also diese conditio niemals purificirt / sondern die sub conditione facta successionis reservatio gänzlich erloschen. Conditione enim non existente, ea quæ sub conditione disposita vel contracta sunt, extingvuntur, *l. legata, 41. ff. de condit. & demonstrat. l. 1. C. de instit. & substit. l. hæc venditio. 7. ff. de contrah. emt. l. cedere diem. 213. ff. de V. S.*

2. Quod fœmina semel per masculum exclusa, perpetuò exclusa sit, tàm in allodialibus, quàm feudalibus: non tantùm, si renunciatio simpliciter & absolutè, sed etiam si sub verbis, donec, quandiu &c. facta fuerit. Idque non vi & intentione pacti, sed potius aditione, semelque agnitæ hereditatis acquisitione: ne cuiquam hereditas ex die vel ad diem obvenisse dicatur, *contra l. hereditas. 34. ff. de heredib. instituend.* Heres enim semel per aditionem factus, heres esse non desinit. *l. ei, qui. 88. ff. d. t.* Ant. Fab. *Error. pragmat. decad. 27. err. 1. num. 38. decad. 30. err. 1. num. 10.* Adde Phil. Matth. *inter Consf. Marpurg Vol. 1. Cons. 21. num. 12. & seqq.* ubi scribit pacta ejusmodi per talia verba suspensiva, sive temporalia nihil operari & frustrà planè adjici. Menoch. *Cons. 105. num. 77.*

3. Daß die angezogene Consuetudo Nobilitatis Franconiæ zur Gnüge / und wie sichs zurecht gebühret / erwiesen werden müsse. Allegans enim consuetudinem & observantiam, cùm facti sit, eam plenè probare debet, ut multis tradit Joseph. Mascard. *de probat. Vol. 1. concl. 423. num. 19. & seqq.* videlicet per tacitum populi consensum,

actuum frequentiam & diuturnitatem temporis. Angel. Aretin. *ad §. ex non scripto. 9. Inst. de jur. nat. gent. & civil.* ibique Schneidevv. & *Dd. comm.* testante Phil. Dec. *Cons. 483. num. 20.*

Und ist nicht genug/ daß etliche Actus dergleichen Succesſion angeführet werden können: quoniam de iſtis ſatis conſtare non videtur, an eo fine facta ſint, ut conſuetudo per eos introduceretur, ut in caſu non admodum diſſimili monet Chriſt. Beſold. *Conſ. Tubing. p 3. Conſ. 134. n. 93 & ſeqq.* Allein/ deſſen allen ungeachtet/ tragen wir die Beysorge/ so viel die bona avita, und die beweißlich von Valentin von M. herrühren/ betrifft wider die Kläger schwerlich etwas zu erhalten seyn dörfte/ per ea, quæ ſupra in reſolutione primæ quæſtionis à nobis dicta ſunt. Hingegen seyn wir bey der dritten Frag der gänzlichen Meynung/ daß die übrigen Güter/ so Lorenz von M. eigenthumlich zugestanden/ (er habe sie gleich von seiner Mutter Eva/ ꝛc. einer gebohrnen Zoblin von Giebelstatt/ ꝛc. ererbet/ oder durch seine induſtriam erworben/ als da seyn: jezo vorhandene Barschafften/ Wein/ Getreid/ und andere Mobilien/) den Freunden von der Mutter Seiten/ als nächsten Verwandten/ billig gebühren/ und sie also dieselben vor den Freunden von väterl. Seiten wegzunehmen/ wol befugt seyn. Dañ 1. ist klaren Rechtens/ daß in ſucceſſione ab inteſtato poſt Deſcendentes & Aſcendentes die Collaterales oder Seiten-Freunde/ so dem Verstorbenen am nächsten verwandt/ zur Erbschafft gelassen/ und den remotioribus vorgezogen werden/ *per textum expreſſum in Nov. 118. c. 3. in f.* und zwar quoad bona allodialia ohne Unterschied/ ob die Seiten-Freunde vom Vatter oder Mutter herrühren/ quoniam hodiè ſublato quoad Succeſſiones agnationis & cognationis diſcrimine, proximi gradu, excluſis remotioribus, admittuntur, *d. n. 118. c. 4.* Schneidevv. *ad tit. inſtit. de heredit. quæ ab inteſtato defert. cap. de ſucceſſion. collateral. num 31. & Dd. comm.* Nun aber verſiren wir diß Orts in dergleichen Succeſſione collateralium; und seynd auch die Güter bey dieser dritten Frage neque avita, neque feudalia, ſed allodialia, ſive ultimò defuncti maſculi, des Lorenz von M. propria oder Eigenthum/ welche demnach den nächsten Seiten-Freunden/ als den Beklagten/ so dem Verstorbenen im vierten Grad verwandt/ excluſis actoribus, qui eidem quinto gradu conjuncti ſunt, billig abgefolget werden/ per Auth. poſt fratres *& C. de legitim. hered. & d. n. 118. c. 3. & 4.* Chriſt. Phil. Richter *de Succeſſ. ab inteſtat ſect. 3. c. 4. n. 2.* ubi & præjudicia aliquot referuntur. 2. Fehlen in diesem

unsern

unsern Fall / quoad bona defuncti propria, alle die rationes, so oben bey der ersten Frage den Klägern zum besten angeführet worden. Dañ 1. ist die conditionata renunciatio & reservatio successionis in casum deficientium masculorum allein auf das vätterliche / mütterliche und brüderliche Gut gerichtet / aber gar nicht auf des Lorenz von M. eigenthumlich ererbet / oder sonsten gewonnene Güter / welche mit keiner condition oder onere post mortem restituendi behafftet seyn. 2. So ist auch die ratio conservandæ familiæ per obitum ultimi de familia erloschen. Und 3. die gemeine Regula de temporali exclusione fœminarum per existentiam masculorum, auf diese des Lorenz von M. allodial Güter mit Bestand nicht applicirt werden: Noch 4. die angezogene Consuetudo Nobilitatis Franconiæ im geringsten erwiesen und dargethan werden: sondern bleibet billig bey den gemeinen Rechten / quod in successione Collateralium ab intestato, proximi remotioribus præferantur. d. Auth. post fratres *2. C. de legit. hered. & d. n. 118. c. 3. in f. & c. 4.* Planè enim alia ratio est bonorum avitorum, alia hereditatis ipsius ultimi defuncti: illa filiæ sub conditione renuncianti ejusve heredibus restituenda sunt; hæc verò ad heredes proximiores omninò pertinent. Thom. Michael *d. consil. 106. num. 40. & duob. seqq.*

Daß dieses Responsum den Rechten und uns zugeschickten casui gemäß / bezeugen wir Dechant / und andere Doctores der Juristen-Facultät bey Nürnberg. Universität zu Altdorf: jedoch eines jeden mehr gegründete Meynung ohnbegeben. Dessen zu Urkund haben wir unserer Facultät grosses Insiegel hierunter drucken lassen. So geschehen den 28 Maji, Anno 1656.

LXXV.
Casus Injuriarum.

Demnach in Sachen Ihr. Hochwürden und Gnaden/ Hn. Georg Wilhelm von Elckerhausen/ genannt Klüppel/ Land-Commenthuren der Balley Francken/ Teutschen Ordens-Ritters ꝛc. wider Maximilian von N. Amtmann zu Kirchhausen/ wie verschienener Zeit unser erfordert Rechtliches Gutachten dahin ertheilet/ daß/ daferne Beklagter die wider ihn eingeführte starcke præsumtiones nicht elidiren oder purgiren könnte/ er billig condemnirt/ und neben der Abbitt auch wol mit einer willkührlichen Geld-Straffe ad pias causas, oder wo es sonsten der Obrigkeit zu verwenden belieben würde/ jedoch cum reservatione honoris, angesehen und beleget werden möge: Anjezo aber um Communication deren rationum dubitandi & decidendi, so uns damaln beygewohnet/ ersuchet worden: Als haben wir solche ufs kürzeste/ durch Erörterung zweyer folgender Fragen/ verrichten wollen.

I. Ob die angegebene præsumtiones der Erheblichkeit seyn/ daß Beklagter selbige zu elidiren/ und sich deßhalben zu purgiren schuldig/ oder in Verbleibung dessen/ condemnirt werden möge?

Dann fürs andere/ mit was Straff er/ dafern berührte præsumtiones er zu elidiren nicht vermöchte/ beleget werden solle?

Bey der ersten Frag nun hat es Anfangs das Ansehen / als wären die angezogene præsumtiones viel zu wenig/ daß Beklagter sich deshalben zu purgiren schuldig/ oder condemnirt werden sollte.

Dann erstlich ist unzweiffendlichen Rechtens/ quod in dubio injuria, aliaque delicta non præsumantur, *l. meritò 51. ff. pro socio l. 4. C. de serv. exportand. ven. l. 5. C. de injur. c. absit. 11. qu. 3. ibique Glossa.* quemadmodum nec dolus, sine quo nulla committitur. *l. 3. §. 1. ff. de injur. præsumitur, sed ex indiciis perspicuis probari debet. leg. quoties 18. §. 1. ff. de probat. l. 6. C. de dol. ibique Gloss. & Dd. comm.*

Fürs andere so geschehen alle Injurien entweder mit Worten oder mit

mit Wercken / *l. 1. §. 1. ff. de injur. §. 1. injuria. instit. eod. tit.* Nun aber kan von dem Beklagten weder ein- noch das andere beweisen: dannenhero ihme auch keine injuria zugemessen werden.

Drittens schlüssen die angeführte præsumtiones nicht necessariò, sondern mögen durch des Beklagten geführten Wandel / und daß wider Ihr Hochwürd. den Herrn Land-Commenthur er niemaln keinen Unwillen getragen / noch zu tragen Ursach gehabt / leichtlich elidirt werden / quippe fortior præsumtio tollit debiliorem, *l. cum de indebito. 25. ff. de probat. l. Ne sem. 9. 34. ff. de negoc. gest.* Anth. Fab. *in C. lib. 3. t. 24. def. 4. num. 8.*

Zum 4. ist versehenen Rechtens / quòd ex solis præsumtionibus in criminalibus condemnari nemo debeat. *l. ult. C. de probat.* Sichard. *ad l. quicunque 4. C. de serv. fugitiv. num. 51.* Wann dann auch diese Injuri-Sach criminaliter intentiret / *arg. §. in summa 10. Inst. de injur.* werden diese præsumtiones nicht gnug seyn / sondern probationes indubitatæ & luce clariores billig erfordert. *per d. l. ult. C. de probat.* Allein dessen ohngeachtet / halten die angezogene Motiven und præsumtiones der Beschaffenheit / daß Beklagter entweder sich deshalben gebührlich purgiren / oder uf den widrigen Fall der Geklagten Verunglimpfung und Injurien schuldig geben müsse.

Dergleichen rechtliche Vermuthungen seyn müssen vornehmlich diese: 1. Daß Ihro Hochwürd. Herr Land-Commenthur 2c. diejenige Worte durch dero ungleiche Relation er nicht in geringe Ungnad gesezzet worden / allein gegen ihme Beklagten und Hn. D. Baumann geredet; dannenhero weil den Abend nicht D. Baumann / sondern der von N. noch gen Hof kommen / und ufgewartet / Ihro Hoch-Fürstliche Gnaden Christ-mild. Angedenckens solche Niemand anderst / als der von N. vorgetragen haben könne.

Darnach ist der von N. nicht in Abred / bezeuget es auch Hr. Land-Commenthur / daß Ihro Hoch-Fürstl. Gnaden sich dahin gnädigst bemühet / wie sie mit einander wiederum vereiniget und versöhnet werden möchten / welcher Versöhnung es dann nicht bedörfft / auch Ihro Hoch-Fürstl. Gnaden / dafern Beklagter (seinem Vorgeben nach) unschuldig / und nichts dabey interessirt gewesen / wol unterlassen haben würde.

Für-

Fürs dritte geben die Acta so viel zu verstehen/ daß Beklagter die Discurse vom übeln haushalten ꝛc. nicht allein gegen Ihro Hochwürd. Hn. Land-Commenthur/ sondern auch andern geführet/ und also weil er besorgen müssen/ dieselben endlich ausbrechen/ und höchstgedacht Ihro Hoch-Fürstl. Gn. vorkommen dörfften/ durch dergleichen Verunglimpfung von sich ab- und uf den Hn. Land-Commenthur zu schieben unterstanden.

Welche præsumtiones dann alle zusammen (quemadmodum & alias plures probationes vel præsumtiones imperfectas conjungi solere patet ex iis, quæ habet Mynſ. *Cent. 2. Obſ. 100. & Cent. 5. Obſ. 33.*) den Beklagten hart graviren/ und in starcken Verdacht ziehen/ dergestalt/ daß ihme das Juramentum purgationis derentwegen wol deferirt/ *arg. l. quoties 21. §. Prætor ait. & quod ſi reg. ff. de noxal. act.* Ant. Fab. *in C. lib. 4. t. 1. def. 5.* Bened. Carpzov. *in Jurisprud. forenſ. part. 1. Conſt. 22. def. 2.* Und da er es zu præstiren sich wegern sollte/ er auch wol tanquam confessus gar condemnirt werden köñte. *arg. eor. quæ habet* Jul. Clar. *lib. 5. Sent. § ult. quæſt. 63. num. 4.* Mynſ. *Cent. 3. Obſerv. 52.* Petr. Heig. *part. 1. qu. 40. num. 63.* Und irret nichts/ was oben pro rationibus dubitandi angeführet worden/ dann erstlich muß die gemeine Rechts-Regul/ quod delicta non præsumantur, mit dieser condition oder limitation verstanden werden: niſi circumſtantiæ aliud exigant, & præſumtionem doli inducant, *arg. l. 5. C. de injur. l. 1. C. ad L. Corn. de ſicar. cum ſimilibus.* Adde Bart. & Sichard. *ad l. 6. C. de dolo.*

Bey der andern müssen gewißlich gegen Ihro Hoch-Fürstl. Gn. höchstseel. Angedencken injurioſa & calumnioſa verba wider Ihro Hochwürd. den Hn. Land-Commenthur vom Beklagten gefallen seyn/ welche/ ob sie wohl nicht klärlich erwiesen/ dannoch aus den allegirten præſumtionibus gnugsam zu schlüssen seyn. Und darf disfalls der Herr Kläger keines Beweises/ ſed propter juris præſumtionem, quam pro ſe habet, onus in adverſarium rejicitur, qui vel contrarium probare, vel ſaltem juramento ſe purgare neceſſe habet. Adde Andr. Rauchb. *part. 2. qu. 3. num. 14. & ſeqq.*

3. Ist gnugsam/ daß die angezogene præſumtiones probabiliter concludiren/ und durch des Beklagten entgegen gesezte Vermuthungen/

als

als welche nimis generales & remotæ, nicht elidirt werden mögen; quoniam ita demum una præsumtio tollit aliam, si validior fuerit,

Menoch. *1. præsumt. 30. num. 1. & Dd. comm.*
Ern. Cothm. *Vol. 1. Consf. 15. num. 187.*

Bey dem 4. gestehet man gerne/ quod ex solis præsumtionibus in causa criminali nemo facilè condemnari debeat, allein befindet sich diß Orts neben den præsumtionibus auch des Rei tacita confessio, ex qua, si forte juramentum purgationis sine legitima causa recusaverit, meritò condemnandus est, per ea, quæ supra dicta sunt.

Anlangend die andere Frag / seynd die pœnæ injuriarum pro diversitate circumstantiarum unterschiedlich / *§. pœna autem, 7. cum duobus seqq. Instit. de Injur. ubi Gloss. & Dd. prout vel civiliter vel criminaliter actum fuerit. §. in summa. 10. Inst. d. t.* da dann in diesem unserm Fall die Klage criminaliter angestellet/ auf eine willkührliche Straff/ so der Obrigkeit arbitrio heimgegeben worden: mit welcher aber die deprecatio, ja auch wohl palinodia solennis (quæ aliàs diversa esse volunt, ut videre est apud Bened. Carpz. *part. 4. Const. 46 Def 11. in f.*) gar wohl conjungiret werden kan. Dann obwol nach etlicher vornehmer Rechts-Gelehrten Meynung der injuriatus seine Klage ad palinodiam & æstimationem injuriarum zugleich nicht anstellen kan/ per ea, quæ habet Carpzov. *d. p. 4. Const. 42. def. 16.* so ist doch hingegen zu wissen:

1. Daß die widrige Meynung fast communiter auch in Camera Imperiali, wie zu sehen bey dem Geil. 1. *Observ. 65. n. 3.* Mynſ. *Cent. 2. Observ. 98.*

2. Daß man diß Orts nicht de civili, sed criminali injuriæ actione handele/ cum qua civilis ista ad deprecationem vel recantationem saltem accessoriè cumulari potest.

Nicol. Reusn. *lib. 2. Consf. 20. num. 26.*
Bernh. Græv. *pract. concl. lib. 1. conclus. 65. n. 14.*
Adde Carpzov. *d. p. 4. Const. 42. Def. 1. & 2.*

Weil aber die Actio injuriarum tàm civilis quàm criminalis famosa ist/ *§. pen. Instit. de pœna temere litig. l. decurionis 5. l. injuriar. 10. C. ex*

Kk quib.

quib. cauſ. infam. irrog. wird die reſervatio honoris ex certis cauſis gemeiniglich hinzu geſezzet. Quæ reſervatio licet fortaſſis juri noſtro ſatis conveniens non ſit, ut monet Zaſ. *ad l. acta. 45. §. 1. ff. de re judic.* Conſuetudine tamen eſt ſtylo curiarum recepta eſt, ut teſtatur

Geil. *d. obſerv. 65. in f.*

Barth. Blarer. *ad l. diffamari pr. n. 3. C. de ingen. manumiſſ.*

Weſembec. *conſil. 22. num. 26. &c.*

LXXVI.

Caſus, ubi varia crimina concurrunt, ſcil. ſeditio, violatio pacis publicæ, blasphemia, & injuriæ atrociſſimæ.

IN der uns zugeſchickten narratione facti, Hanns Conrad N. Burgern und des äuſſern Rahts zu Rotenburg uf der Tauber betreffend, befinden ſich unterſchiedliche grobe und ſchwere Verbrechen, als 1. Attentata ſeditio, indeme er nicht allein ſeinem Magiſtratui, E. E. Raht 2c. wider ſeine geleiſtete theure Pflicht ungehorſam ſich widerſezzet, ſondern auch zu dem Herrn Commendanten geloffen, und um Soldaten, ſeine Zinſe bey der Steuer-Stuben mit Gewalt zu erzwingen, gebetten; welches dann bey den ohne deſſen ſchwierigen Läufften eine Sedition und Auflauff leichtlich hätte verurſachen können.

2. Violatio pacis publicæ, da er mit bloſſer Klingen durch die Stadt geloffen, den ältern Burgermeiſter und Ober-Steurern in die Thür und Steine vor den Haus gehauen, den Degen zerbrochen, und hernach die Stücke mit vielen Bedrohungen gegen den Fenſtern geworffen.

3. Blasphemia, oder grauſame Gotteslälſterung und Flüche, als 1. hundert tauſend Sacramente, 2. tauſend Sacrament-Schelme.

3. Donner/ Blitz und Hagel solle drein schlagen. 4. GOtt sey nicht gerecht/wañ er an den Steuer-Herzen diese Ungerechtigkeit nicht straffe/ und solches alles vielfältig wiederholet.

4. Injuriæ atrocissimæ, tàm reales, quàm verbales, indeme er nicht allein die Steuer-Herren für Schelme und Diebe gescholten/ sondern noch darzu den ältern Steurer den Degen über den Kopf zu hauen gedrohet/ wie in angeregter narratione facti solches mit mehrerm ausgeführet wird.

Welche Verbrechen und Thätlichkeiten nun/ gleichwie sie in gemeinen Rechten zum höchsten verboten/ also werden auch die Thäter mit scharffer Straffe billig angesehen; Und zwar 1. Seditiosi, pro criminis ratione, nonnunquam gladio, interdum etiam si circumstantiæ mitigationem requirant, virgis cædi aut perpetuo exilio plecti solent, *l. 2. de Seditios. Constit. Carol. art. 127. ibiq;* Bernh. Zieriz. Adde Franc. Pfeil. *consf. 144.* Idque ad attentatam vel affectatam seditionem quoque referendum videtur, cùm jura civilia non effectum tantùm sceleris, sed & voluntatem in gravioribus criminibus æqualiter puniant. *l. divus. 14. ff. ad l. com. de sicar. cum similib.* & improbus improbæ voluntatis conatus etiam extremo supplicio, habitâ delicti ratione, vindicari soleat. *Const. Carol. art. 178.*

So werden auch 2. diejenige/ so vim publicam oder offentlichen Gewalt begangen/ des Landes verwiesen/ *l. 10. §. ult. ff. ad l. Jul. de vi publ. & privat. item L. Jul. 8. Inst. de publ. judic. ibique Gloss & Dd.* Damhouder. *in prax. crim. c. 97. n. 12.* oder auch wol/ quando factum in crimen fractæ pacis incidit, gar am Leben gestraffet/ per ea, quæ post alios à se allegatos habet Bened. Carpzov. *in Jurisprud. forens. p. 4. const. 13. def. 1.*

Gleiche Meynung hat es 3. mit dem Gotteslästern/ welchen ebenfalls die Leib- und Lebens-Straffe in den Kaiserlichen Rechten verordnet ist. *Nov. 77. c. 1. §. præcipuus. 2.*

Ægyd. Boss. *t. d. inquisit. num. 131.*

Damhouder. *c. 61. num. 12.*

Jul. Clar. *lib. 5. Sentent. §. Blasphemia. n. 3.*

Wie nicht weniger 4. mit den injuriis atrocissimis, da die Thäter pro ratione circumstantiarum auch wol mit der Todtes-Straff/ oder ultimo supplicio angesehen werden mögen. Cùm liceat judici pœnam extraordinariam ex causâ etiam ad mortem extendere, *arg. l. 9. ff. de extraordin. criminib. & l. 7. ff. ad l. Jul. repetund.* Damhouder. *c. 105. num. 5.* Schneid. *ad §. in Summa. 10. Instit. de injur. n. 8. & Dd. comm.* Inprimis si injuria officialibus ratione officii (ut hoc nostro casu) illata fuerit. Ægyd. Boss. *tit. de official. corrupt. n. 37.*

Solchem nach wäre bey der 1. Frag der Arrestirte entweder ultimo supplicio, oder doch zum wenigsten mit ewiger Lands-Verweisung abzustraffen: und solches um so viel desto mehr/ 1. weil oberzehlte Laster ein sehr weites Aussehen haben/ und pessimi exempli seyn/ dannenhero auch billig mit härterer Straffe zu belegen/ *arg. l. exemplo. 7. C. de probat. l. omne 6. §. qui in acie. 3. ff. de re militari ibique Gloss.* Nicol. Everh. *Sent. Cons. 67. n. 3.* Argentorat. *Vol. 2. Cons. 64. n. 5.* Zudeme 2. zum öfftern wiederholet/ propter reiterationem autem etiam delictum aliàs non capitale, capitis pœnâ puniri potest, *Const. Carol. art. 162. ibique* Bernh. Zieriz. Und dann 3. unterschiedliche Laster gehäuffet/ quo casu ex adjectione, seu concursu criminum etiam pœna augeri debet, *l. quoniam 6. C. ad L. Jul. de vi publ. vel privat. l. un. C. de rapt. virg. l. si adulterium 38. §. 1. ff. ad L. Jul. de adult. l. 51. quis 5. ff. de quæstion.* Argent. *d. cons 64. n. 4.* adeò ut licet aliàs crimina capitalia non sint, tamen propter concursum & consuetudinem delinquendi reus mortis pœnâ puniri possit. Bart. *in l. 1. n. 2. C. de Superexactionib. lib. 10.*

Dessen allen aber ohngeachtet/ seynd wir der gänzlichen doch ohnvorgreiflichen Meynung/ daß bey so bewandten und in der narratione facti angeführten Umständen/ der Verbrecher weder am Leben/ noch mit Landes-Verweisung/ sondern mitiori aliqua, vel carceris durioris, vel pecuniaria einer namhafften mulcta nach seinem Vermögen zu bestraffen seye. Dann 1. ist er ziemlich bezecht und truncken gewesen/ ebrietas autem à dolo, licet non à culpa, excusat, adeòque ex ebrietate delinquens mitius puniri debet,

l. omne delictum 6. §. qui se vulneravit 7. in f. ff. de re milit. c. sanè. 7. & c. inebriaverunt. 9. ca. 15. q. 1.

Damhoud. *d. c. 61. num. 23.*

Tiraq. *de pœnis caus. 6.*

Ant. Fab. *in Cod. suo lib. 9. tit. 10. Def. 7. & Dd. comm. teste* Jul. Clar. *5. Sent. §. fin. q. 60. n. 12.*

Franc. Pfeil. *Vol. 2. consf. 138. num. 14.*

Und obwol die Trunckenheit für nicht so gar starck und hefftig gehalten werden will/ quo casu ordinariæ pœnæ locum esse verius est,

arg. l. perspiciendum. 11. §. pen. ff. de pœn.

Geil. 2. *Observ. 110. n. 24. & seqq. aliquot.*

Carpzov. *dict. def. 10. num. fin.*

so erscheinet doch ein anders/theils aus seiner verübten Thätlichkeit selbst/ welche er nüchtern/ oder da er nicht wol bezecht gewesen/ gewißlich unterlassen haben würde; theils ex ignorantia eorum, quæ gesta sunt, indeme er hoch und bey der Seelen Seligkeit betheuret/ daß ihme alles das/ was vorgangen/ ganz ohnwissend seye; Zu diesem komet nun 2. Calor iracundiæ, qui tanquam furor brevis, calumniæ vitio & dolo caret, *c. si quem. §. notandum in f. caus. 2. q. 3. l. quicquid 48. ff. de R. I* & consequenter exeusationem hactenus meretur, ut delinquens mitiori saltem pœnâ afficiendus sit.

arg. d. l 38. §. Imperator 8. ff. ad L. Jul. de adult.

Tiraq. *d. tr. de pœn. caus. 1.*

Damhoud. *d. c. 61. num. 23.*

Joh. Bapt. Asin. *inter cons. crimin. à* Joh. Bapt. Zilet. *collect. tom. 2. cons. 112. n. 31. & seqq. aliquot.*

Modest. Pistor. *Vol. 2. cons. 3. num. 13. & 14.*

Ohngeacht diß Orts keine rechtmäßige Ursach vorhanden gewesen/ so ihme zu dergleichen Zorn und Thätlichkeit hätte bewegen sollen/ quo casu nec pœnam quidem mitigandam volunt Dd. com̃. teste Jul. Clar. *d. q. 60. num 9.* Dann ja nicht Wunder/ wann über dergleichen langwierigen Kriegs-Pressuren schon jemand ungedultig oder zornig werden sollte; zu geschweigen/ quod, fatente Claro, etiam ii, qui sine justa causa ex calore iracundiæ deliquerunt, mitius puniri soleant. *d. q. 60. num. 9.* Und solches 3. um so viel desto mehr/ dieweil er alsbald/ nachdem er von dem Trunck und Zorn sich etwas erholet/ und wiederum zu sich selbst kommen/ solch sein Verüben und begangene schwere Excesse hertzlich bereuet/ und mit Thränen beweinet/ auch zur Revocation der ausgestossenen Injurien sich gegen den Beleidigten anerboten. Welche

Neu dann zwar die Straff post consummatum delictum nicht ufheben kan/ *l. quid sit 17. §. 1. ff. de ædilit. edict. l. qui eâ mente 65. ff. de furt. ibique Gloss. & Dd.* Modest. Pistor. *Vol. 2. consil. 43. n. 11.* aber wol zur Linderung derselben dienen / secundum Tiraqu. *d. tr. caus. 28. n. 4. in f. & causa 60.*

Argentorat. *Vol. 2. cons. 85. num. 14.*

Carpzov. *p. 4. Const. 16. def. 1.*

4. Ist disfalls auch seine vornehme Freundschafft und dero Intercession nicht ganz aus der Acht zu lassen/ als welche gleichfalls zur Milderung der Straffe in etwas beförderlich seyn mögen / per tradita Tiraquell. *d. tr. caus. 17.*

Diese Umstände nun/ wann sie alle mit Fleiß erwogen werden/ so wird verhoffendlich so viel daraus zu schliessen seyn/ daß in oberzehlten Verbrechen nicht nach der Schärffe pœnâ ordinariâ, sondern vielmehr extra ordinem mitiori aliqua vel carceris, vel pecuniariâ, nach des Delinquenten Vermögen zu verfahren seye.

Und irret nichts / was oben pro pœnâ ordinariâ angezogen worden. Dann erstlich in genere darauf zu antworten/ quod legis ordinariæ pœnæ locus non sit, quando quis ex culpa, non dolo, condemnandus est,

Tiraqu. *d. tr. caus. 14.* Clar. *d. §. ult. q. 84.*

ut hoc nostro casu, quo meritò locum habet illud vulgatum, quod quævis causa etiam injusta & fatua à dolo excuset.

Petr. Foller. *inter cons. crimin. collect.* à Johan. Bapt. Ziletto. *139 num. 11.*

Darnach zu geschweigen/ quod generali consuetudine recessum sit ab eo jure, quod conatum eâdem pœnâ cum delicto consumato punit.

teste Clar. *d. lib. 5. Sent. §. fin. qu. 92.*

Wesembec. *in π. ff. ad L. Corn. de Sicar. n. 15. in fin.*

so muß auch solches non de remoto aliquo, sed conatu proximo verstanden werden / testante Clar. *d. qu. 93. in f.* Tiraquell. *d. tr. caus. 37. & 38.* Dergleichen Conatus oder Attentatio aber sich in diesem unserm Fall nicht ereignen thut. Bey dem 2. bezeugen die Dd. quod crimen violentiæ publicæ non amplius ordinariâ Legis Juliæ pœnâ,

pœnâ, ſed extra ordinem hodie puniri ſoleat. Clar. *d. §. fin. qu. 83.* Tiber. Decian. *tr. crim. lib. 8. c. 18. n. 19.* Carpzov. *d. part. 4. Conſt. 13. Def. 3. num. 3.* præſertim quando absque dolo, culpa, aut ignorantia aliqua commiſſum eſt, *arg. eorum, quæ ſupra diximus.* Adde Tiraquell. *d. tr. cauſ. 13. num. ult.* So wird 3. billig ein Unterſchied gemachet zwiſchen den Gottes⸗läſtern und Gottes⸗ſchwören / oder fluchen / da dañ dieſes mit Thurn⸗ oder Geld⸗Straffe / jenes aber härter pfleget abgeſtrafft zu werden; wie zu ſehen aus den Reichs⸗Abſchieden de anno 1530, anno 1548, anno 1577. 4. Iſt auſſer allen Zweifel / quod injuriæ, ſive reales ſive verbales extra ordinem puniantur, adeoque regulariter pœna ad mortem extendi nequeat. Wie dañ auch dasjenige / ſo de ſcandalo, iteratione & concurſu criminum oben vermeldet wird / nichts ſonderliches zur Sachen thut: quoniam in praxi, rejectâ Bartoli opinione, receptum eſt, ut nunquam in delictis non capitalibus propter iterationem vel concurſum pœna capitalis imponatur, ut notat Clar. *d. q. 84. num. 6. in f.*

Anlangend die andere Frag / (weiln der Arreſtirte bereits in den äuſſern Raht geſezzet / und dieſes halbe Jahr dem Herrn Amts⸗tragenden Burgermeiſter adjungirt worden / ob ſo weit gegangen / und er absque ſcandalo und illæſâ juſtitiâ in ordine Senatorio exteriori verbleiben und gedultet werden möge?) hat er ſich zwar keiner infamia juris, ſintemal er ob culpam, non dolum condemniret wird / wie oben erwehnet worden / zu befahren / *arg. § ſuſpectus a. 6. Inſtit. de Suſpect. tutor.* ibique Schneid. *num 2.* und könnte alſo derentwegen wohl in ordine Senatorio gedultet werden / *arg. l. 2. & 3. ff. de Senator.* Allein weil er gleichwol die Gemeine durch ſein grobes Verbrechen ſehr geärgert / möchte er ad tempus removirt oder ſuſpendirt / und alsdann nach Befindung wiederum recipirt und in ſtatum priſtinum reſtituirt werden: cùm non motio quidem ex Senatu, niſi ex turpi cauſa fiat, infamiam importare ſoleat, *§. quibus autem. Inſtit. de capit. deminut. junctâ d. l. 2. ff. eod. tit.*

Und

Und könnte uf diesen Fall das Urthel folgender Gestalt verfasset werden;

Urthel.

In Sachen Hanß Conrad N. sprechen wir Burgermeister und Raht zu Rotenburg auf der Tauber / nach eingezogenen genugsamen Bericht und gehabten Raht der Rechts-Gelehrten / vor recht / daß / obwoln er Reus wegen seiner unterschiedlichen groben Verbrechen (als da seynd: Ungehorsam / offentlichen verübten Gewalt / grausames fluchen / schwören 2c.) wol eine härtere Straff verdienet / dennoch aus gewissen Ursachen dismal die Güte der Schärffe vorgezogen / und er entweder sechs Wochen uf einen versperrten Thurn / oder mit Erlegung 50 Reichs-Thaler seinen Frevel büssen / benebenst der äussern Rahts-Stell (jedoch ohne Abbruch seiner Ehren) eine Zeit lang entsezzet oder suspendirt seyn solle. V. R. W.

LXXVII.
Casus in crimine homicidii & rapinæ.

Die uns zugeschickte so gut- als peinliche Aussagen Simon Crämers von Obern-Steinbach / einen uf den Feld oder im Wald begangenen Todtschlag betreffend / haben wir in unserm Collegio verlesen / und der Sachen Wichtigkeit nach / mit allen Umständen zu unterschiedlichen malen reiflich erwogen. Da dann nicht allein das Factum oder der Todtschlag sowol wegen des gefundenen todten Leichnams / als aus des Gefangenen beharzlicher Confession allerdings richtig;

richtig; sondern auch die Umstände also beschaffen / daß Dolus und occidendi animus gnugsam darauß zu schließen scheinet.

Dann erstlich ist ein gemeiner Schluß der Rechtsgelehrten / quod in dubio homicidium dolo commissum præsummendum sit.

l. 1. C. ad l. Corn. de Sicar.

Wesenbec. *Conf. 19. n. 7. in f. Regnar. Sixtin. vol. 2. Conf. Marp. 16. n. 26.*

Zanger *de tortur. C. 1. n. 33. & Dd. comm. inprimis si qualitas armorum (ut hoc nostro casu) correspondeat, Tubing. part. 5. Conf. 221. n. 8. & alii ab aliis allegati.*

Welche præsumptio fürs ander damit gewaltig bestärcket wird / daß der Beklagte / vermög seiner eignen Bekäntnuß / den Entleibten selbst nachgangen; also zu allem dem / so nachmals erfolget / Anlaß und Ursach gegeben: Rixam enim affectans semper in dolo esse & animum nocendi habuisse præsumitur,

Gail. *lib. 1. de pac. publ. c. 16. n. 17. in f.*

Bened. Carpz. *Jur. forens. p. 4. Const. 9. defin. 4.*

Ægyd. Bass. *t. de homic. n. 56.*

Drittens gestehet der Gefangene / daß er dem Soldaten zu dem Ende nachgegangen / daß er ihm das seine nehmen und ihn berauben wolte / wie er auch solches im Werck erwiesen / indem er ihn biß aufs Hembd ausgezogen / und alles was er bey ihm gefunden zu sich genommen hat / Quod factum non tantùm rapinam publicam inducit,

l. capitalium 28. §. grassatores 10. ff. de pœn. Constit. Carol. art. 126.

sed nec ab occidendi animo planè immune est.

arg. l. im. vers. & meritò C. de rapt. Virgin. ibique Gloss. & Dd.

Und ob er wohl mit der Nothwehr / und daß der Soldat ihn zu erst angesprenget haben solle / sich zu behelffen vermeinet: So ist doch solches ein bloß und gantz unerwiesenes Vorgeben / so ihme keines wegs zu statten kommen mag. Nam si simplici assertioni rei accusati standum esset, nemo est, qui non videat, hâc qualificatâ confessione pœnam homicidii facilè elidi posse ut monet

Zanger. *d. tr. de tort. c. 2. n. 58.*

Fachin. *1. contr. 27. in fin.*

Et dato reum initio fortassis de homicidio non cogitasse, tamen satis est, quod in genere Deo cogitare potuerit, imò debuerit.

arg. c. ult. de homicid. in 6.

Boss. *d. t. de homicid. n. 73.*

Zum vierdten ist keine geringe præsumtio doli & animi occidendi in deme/ daß der verhaffte nicht vergnüget / daß er ihn durch einen Schuß gefället/ sondern noch hinzu gangen/ und da er wol sicher vor ihm seyn können/ihn mit dem Rohr vollends zu tod geschlagen. Quæ geminatio animum nocendi & occidendi procul dubio arguit.

Wesembec. *d. consil. 19. n. 9.*

Hingegen befinden sich uff deß Beklagten oder Inquisiti Seiten folgende Behelff/ exceptiones und præsumtiones, so wol in acht zu nehmen sind: Als

1. Daß gleichwol der Gefangene deß Mords weder überwiesen/ noch auch purè & simpliciter denselben gestanden hat. Reum autem neque confessum neque convictum ordinariâ homicidii pœnâ afficere judex non debet,

l. qui sententiam. 16. C. de pœna ibique Salic.

cum ex præsumtionibus licet urgentissimis capitalis pœna infligenda non sit,

arg. l. fin. C. de probat.

2. Daß er eine Nothwehr / und wie ihn der Soldat erstlich angesprenget/ beständig vorwendet: Welches Vorgeben/ob es wol nicht bewiesen werden kan/ dieweil diese beede allein gewesen; so hat er doch solches auf der Tortur erhalten / seine Aussage / so er aus Marter und Schmertzen einmal gethan gehabt/ hernacher widerruffen / und bey wiederholter schärpferer Tortur uff seiner ersten Bekantnuß / daß er vom Soldaten angesprenget worden/ verharret. Reus autem qui confessionem in tormentis factam revocat & in revocatione ista etiam iteratâ torturâ persistit, ordinariâ ultimi supplicii pœnâ afficiendus non est,

per tradita Zanger, *d. tr. de tort. c. ult. n. 55. & seqq. aliquot.*

Bocer. *de tortura. c. ult. n. 2. & seqq.*

Adde Jul. Clar. *5. sent. §. fin. q. 64. n. 38. in f.*

Fach. *9. controv. 6.*

3. Daß aus den Interrogatoriis und darauf erfolgten so güt- so peinlichen Aussagen (daß wir der general præsumtion, quâ in dubio quilibet bonus præsumitur, vor dißmal geschweigen) ein anders nicht zu befinden / als daß der Thäter ein ehrlicher Mann / der mit dergleichen

und

und andern Lastern weder behafft noch beschreyt gewesen: Da hingegen der Entleibte ein Soldat/ welche deß raubens/ plünderns und mordens gewohnet/ wie die tägliche Erfahrung leider nur gar zu viel bezeuget. In quibus terminis præſumtio contra occiſum eſſe ſolet, ut is videlicet aggreſſor & interficiens in defenſione conſtitutus intelligatur.

Weſenb. *d. conſ. 19. n. 14.*

Regn. Sixt. *d. vol. 2. conſ. 16. n. 78. & 79.*

4. Daß der Thäter solches verübten Todschlags sich so gar nicht gescheuet/ daß er vielmehr offentlich/ und zwar in Beyseyn zweyer Gräfl. Diener sich indessen gerühmet: Welches da er dolo malo & occidendi animo den Mord begangen/ er gewiß unterlassen haben würde: cúm nemo delictum ſuum denudare aut propriam turpitudinem allegare velle præſummendus ſit: quin etiam cum eo, qui ultró crimen confeſſeſt, mitiùs agendum volunt.

Dd. Tiraquell. *de pœna temper. aut remitt. cauſ. 30.*

Wann nun diese erzehlte Umstände gegen einander gehalten und wohl consideriret werden/ so finden sich zwar sehr starcke præſumtiones contra reum quòd is occidendi animum habuerit. Allein sind hier wiederum andere pro reo vorhanden/ welche jene wo nicht gar clidiren/ doch die Sache zum wenigsten schwehr und zweiffelhafftig genug machen/ ut ita in dubio hoc caſu benignior ſententia præferenda, adeoque reo non ordinaria legis pœna, ſed mitior aliqua extra ordinem decernenda videatur.

Dann erstlich soll ein jeder Richter/ in Sachen/ die Leib und Leben betreffen mitiorem ſententiam amplecktiren.

per Textum in L. qui ſententiam 16. C. de pœn. L. raptores. ubi Baldus C. de Epiſc. & Elec. Hyppol. de Marſil. in Practic. crim. §. quoniam. n. 31. & ſeqq.

Quippe pœnæ interpretatione potiùs molliendæ ſunt, quàm aſperandæ.

l. pen. ff. de pœn. l. factum 55. §. ult. ff. de R. I.

Et in re dubia benigniorem ſequi Interpretationem non minùs Juſtius eſt quàm tutiùs.

l. pen. ff. de his quæ in teſtibus delent. &c.

l. ſemper 56. ff. de R. I.

Hinc Iudex miſericordiam potiùs ſequi debet, quàm Judicium, & æquitatem potiùs quàm rigorem.

C. licet 4. dist. 45. & c. ponderet 13. dist. 50.
Cùm meliùs sit misericordiæ rationem reddere quàm crudelitati, ut ait

Glossa *ad d. c. ponderet*,
Nic. Boër *Decis. 64. n. 15.*

Ubi penè in terminis nostris, cùm qui homicidium, ad sui defensionem se commisisse confessus erat, non mortis Supplicio sed mitiùs arbitrio Judicantium puniendum tradit.

Fürs andere würde die Sententia in diesem Fall neque ex probationibus indubitatis, neque ex pura rei confessione sed tantùm ex præsumtionibus zu schöpffen seyn. At quando quis ex præsumtionibus licet urgentibus puniri debet, non capitali sed mitiori pœna afficiendus est.

Jul. Clar. *l. 5. sent. §. fin. q. 20. n. 6.*
Tiraquel. *d. tr. de pæn. temp. aut remmitt. caus. 27. ubi n. 7.*

In his Terminis nostris eum qui Homicidium ad sui Defensionem sese fecisse confessus est, capitaliter puniendus non esse tradit.

Zum dritten werden wir berichtet/ daß der Thäter bereit zweymal und zwar zimlich scharff torquirt worden seye. Gleichwie nun aber die lang-wührige Gefängnuß eine Linderung der verdienten Straffe zu würcken pfleget/

arg. l. si diutino 25. ff. de pœnâ l. Omnes 23 C. eod. t.
Tiraquell. *d. tr. caus. 41.*

Also solle vielmehr die Tortur darzu dienlich seyn: Quippe quæ pœna utriusque manus abscisione gravior est.

Nov. 134. c. ult.

Et morti æquiparatur

Secundum Bald. *in repet. l. 1. col. pæn. C. unde vi.*

Zum vierdten würde die Mitigatio Pœnæ auch darum desto eher statt haben/ wann etwann/ wie in dergleichen Fällen wohl zu geschehen pfleget Vorbitte und Intercessiones vorhanden wären/

arg. c. miror caus. 17. q. 4. ibi.

Posset procul dubio Intercessoris causa veniam promereri: quem textum ad hoc præcipuè ponderat,

Tiraquell. *d. tr. de pæn. temp. aut remmitt. caus. 17.*

In hoc videlicet nostro casu, quo rationes mitioris sententiæ non leves adesse

adesse ex iis quæ dicta sunt, apparet. Nam aliàs sine causa pœnam lege inprimis divina (qualis est in homicidio) constitutam remmittere ne summus quidem Princeps potest.

Bodin. *l. 1. de Rep. c. ult.* Dan. *l. 2. Eth. Christ. c. 13.*

Adde Tir. *d. tr. de pœn. temp. aut remmitt. in Præf.*

Und bringen unser mitiori sententiæ keine besondere Hinderung oben eingeführte præsumtiones, alldieweil dieselbe / wie bereit zuvor erwehnet / per alias conjecturas pro reo militantes entweder elidirt oder doch zum wenigsten zweiffelhafftig gmacht worden / so irret auch nicht quòd hîc concurrunt duo crimina, rapina videlicet & homicidium, quorum utrumque capitale est,

l. Capit. 28. §. grassatores 10. f. de pœn.

Const. Car. art. 126. l. 3. § pen. ff. ad L. C. de sic. d. con. Car. art. 137.

Quo casu graviùs non mitiùs puniri rei debent.

arg. l. si quis 5. ff. de Quæstion.

Dann so viel den Todschlag betrifft / ist derselbe seiner Qualitæt halben (cùm reus homicidium hactenus non aliter quàm sub qualitate defensionis confessus sit) etwas zweiffelhafft / wie allererst Anregung geschehen die Abnahm aber / oder rapina wird alsdann erst capitaliter gestrafft wenn sie öffters und auff öffentlicher Landstrasse vorgangen /

d. l. 28. § 10. ff. de pœn. ex quo text. & art 126. d. const. Car. non immeritò Interpretationem recipit.

Adde Bernh. Zieriz. *ad d. art. 126.*

In concursu autem criminum non capitalium mortis pœnam non imponi, sed vel torturam atrociùs inferri (quod hîc factum) vel Magistratum ad extraordinariè puniendum graviùs arbitrari solere, testatur

Jul. Clar. *d. § fin. 9. 84. n. 6.*

Weil aber die pœnæ extraordinariæ unterschiedlich und ungleich / puta, Handabhauen / zur Staupenschlagen / Lands-Verweisung / Gefängnuß / Geldstraff; Als sind wir der Meynung / daß diß factum bey so bewanten und oben ausgeführten Umständen nicht zwar pœna aliqua corporali quæ sæpè capitali gravior, sondern mit ewiger Lands-Verweisung abgestraffet werden soll. Nam quoties pœna capitalis ex causa aliqua mitiganda venit, non corporis afflictivam sed mitiorem aliquam, puta deportationis, relegationis, vel similem imponendam esse, communis est Dd. conclusio.

 teste

teste Wesenbecio *in w. ff. ad l. Corn. de Sicar. n. 18.*

Nichts destoweniger weil gleichwohl der Thäter deß Strassen-Raubs purè und ohn einige Condition geständig / quod delictum per se multis in locis capitale est, ut videre licet

apud Carpz. *in Jurisprud. forens. part. 4. Const. 39. def. 3. 4. 5. 6.*

Dann auch implicitè deß hommicidii voluntarii nicht allerdings in Abrede/indeme er in seiner letzten Bekäntnuß vorgiebt; Er sey dem Soldaten nachgangen/aber nicht der Meynung ihn umzubringen / es sey dann daß er sich seiner wehre; Hielten wir darfür / daß er so wohl deßhalben / als propter Variationem noch einmal nicht unbillich torquiret werden sollte: würde er alsdann / wie in erster Tortur beschehen/das homicidium auch purè bekennen/so wäre er tanquam latro am Leben / und zwar secundum rigorem Juris, mit dem Rad abzustraffen/

d. l. 28. § pen. ff. de pœn. Const. Carol. art. 137.

Welche Straffe jedoch/wegen eingeführter Umstände wohl in simplicem gladii pœnam verwandelt werden könte: würde er aber uff seiner letztgethaner Bekantnuß verharren/so bliebe es billich bey der Lands-Verweisung; Und könte uff solchen letzteren Fall die Urthel unsers Ermessens/folgender Gestalt verfasset werden.

Urthel.

In Inquisitions Sachen Simon Kräurrs erkennen wir Wolffgang Friederich/und Philipp Gottfried/ Gebrüder Grafen zu Hohenlohe und Herren zu Langenburg ꝛc. Nach genommenen Bedacht / und eingeholten Rath der Rechtsgelehrten/mit Urthel zu recht/daß der Inquisit nicht zwar am Leben (welche Straff wir ihm aus gewissen Ursachen gnädig erlassen) sondern neben Erstattung der uffgeloffenen Unkosten des Lands zu ewigen Zeiten verwiesen seyn soll. V R W

Daß

Daß dieses Bedencken und daraus abgefastes Urthel den uns zugeschickten so gut/als Peinlichen Außagen und den Rechten gemäs/bezeugen wir Dechant und andere Doctores der Juristen Facultæt bey N. Universiæt Altdorff/jedoch eines jeden mehrgegründeter Meynung ohnvorgegriffen. Dessen zu Urkund haben wir unserer Facultät größers Insiegel hierunter drucken lassen. So geschehen den 17. December. Anno 1644.

LXXX.

Rechtliches Bedencken über eine strittige Waide.

DJe mir zugestellte Schrifften zwischen Burgermeister und Rath zu F. dann einer gantzen Gemein zu D. einen strittigen Blumenbesuch oder Waid betreffend/habe mit Fleiß durchlesen/ und beruhet die Sache auff zweyen Puncten oder Fragen.

Erstlich / Ob die F. auf der D. Felder und Wießmad mit ihrem Vieh zu hüten nnd der Waid sich zu gebrauchen befuget. Und dann

Zum andern / wie und wo dieser Stritt hinzulegen und zu erörtern.

Da dann bey der ersten Frag die F. in allen ihren Schrifften sich auff das alte Herkommen bewerffen/als hätten sie dieses Blumenbesuchs auf der D. Felder von undencklichen Jahren/weit über Menschen gedencken sich gebrauchet und wären also keinen andern Beweiß zu führen verbunden. Vetustas enim vicem legis tenet & semper pro lege habenda est,

l. 1. §. fin. & l. 2. pr. ff. de aqua & aqua pluviali arcendi.

Nec quisquam qui diuturno tempore Jure aliquo usus est, de titulo, quo constitutum est, docere necesse habet,

l. si quis 10. ff. si servit. vindic. l. 2. C. de Servit. & aq.

Zum andern beruffen sie sich auff ihre Statuta und Ordnung / darinn solche ihre Gerechtigkeit begriffen seyn solle. Extract ihres Burgthums geschrieben von Anno 1540. den 9. Novemb.

Zum dritten führen sie auch einen Zeugen/ der von dieser Waid-Gerechtigkeit seine Kundschafft abgeleget hat/ wie aus dem Extract Proto-

colls

colls deß Pfleg-Ambts H. vom 8. Jul. Anno 1656. zu sehen ist.

Zum vierdten sind die D. nicht in Abrede / sondern in unterschiedenen ihren Schrifften selbst geständig daß die F. zu offenen Zeiten auff ihren Feldern hüten dörffen. Propria autem confessio est probatio probata, probatio plenissima, certissima &c. Ut post alios à se allegatos monet

Borchold. *part. 1. Cons. 9. pag. 106. col. 2. & cons. 12. pag. 196. col. 2.*

Zum fünfften haben die F. vor sich rem judicatam, indeme bereit vor viel Jahren bey dem Schultheissen-Ambt zu N. vor wider die Gemeine zu D. gesprochen worden. Res autem judicata pro Veritate habetur.

l. ingenuum 25. ff. de Stat. Hom. & l. 207. ff. de Reg. Jur.

Et propter Instrumenta noviter reperta aliasque probationes retractari nequit,

l. 2. l. 4. C. de re judic. ibique Gloss. & Dd.

Zum sechsten so wären sie in solchem Gebrauch je und allezeit verblieben und müsten also bey ihrer Possession vel quasi deß Juris pascpndi noch ferner geschützet werden biß die D. ein anders wie sichs zu recht gebühret erweisen und darthun werden. Cùm possidens immunis sit ab onere probandi, illudque in adversarium rejiciat.

l. sive possidetis 16. C. de probat. ibique Gloss. & Dd. comm.

Und solches um so viel desto mehr / weil der von den D. allegirte Vergleich so zwischen den F. vorgangen seyn soll / sich nirgends auch bey dem löbl. Schultheissen-Ambt zu N. nicht finden will.

Hingegen haben die D. vor sich (1.) præsumtum prædicorum suorum libertatem dum quævis prædia in dubio naturâ libera & immunia esse ab omni servitute præsummuntur,

arg. l. altius 8. C. de Servit. & aq. ibique Gloss. & Dd. comm.

Und obwol (2.) solche libertät zu wider allerhand Servitutes fast aller Orten eingeführet worden / wie die tägliche Erfahrung bezeuget / so muß es doch vel per Testamentum vel pactionibus & stipulationibus,

§. ult. Instit. de Servit. Rustica. & Urban. prædior. 4. 1. Institut. de usufruct.

Id est, entweder durch einen ordentlichen letzten Willen / oder durch gewisse Verträg und Vergleich geschehen / dergleichen aber keine von den F. angeführet werden / wie die mir zugestellte Schreiben gnugsam zu erkenen

geben

geben. So kan (3) ihnen den F. auch die Præscriptio oder Verjahrung nicht zu statten kommen/dann ob schon in reum incorporalium adeoque servitutum præscriptione titulus, ex veriore Dd. opinione narratorius non sit,

per textum in l. si quis 10. pr. ff. si servit. vindic. ibique Gloss. & Dd.

Bonam Fidem tamen & Patientiam Domini requiri in confesso est,

l. 2. C. de serv. & aq.

Ut ostendat quis se per longum tempus, non vi, non clàm, non precario possedisse,

d. l. 10. in f. dr. ff. si serv. vindic.

Dergleichen aber von den F. in ihren Schrifften nicht beygebracht/noch beygebracht werden können: allein von den D. allezeit widersprochen/ und also die prætendirte quasi posessio interrumpirt worden. (4) Mögen die F. eben so wenig mit ihrer alten und vor Menschen-Gedencken hergebrachten Gerechtigkeit hinauslangen/ sintemal ihnen gleichfalls interpellatio und dannenhero rührende mala fides im Weeg liegt. Quamvis enim in immemoriali præscriptione præsummatur titulus & bona fides,

c. 1. in f. de præscript. in 6.
Innocent ex Bald. *in c. si diligenti 17. ✗ de præscript.*

Attamen id non procedit, quando de mala fide constat & contrarium probari potest, ut post alios a se allegatos notat

Schneidevv. *ad Tit. Instit. de Præscript. c. de specieb. præscript. n. 36. & duob. seqq.*

Jure enim canonico (quod in hâc materiâ sequimur) bonam fidem in quâvis præscriptine etiam immemorabili requiri verius est

per c. ult. ✗ de qræscript. ibique Gloss. & Dd.

Quos allegat

Ant. Gabriel. *libr. 5. de præscript. concl. 1. n. 57. vers. contrar.*

Dannenhero dann (1) der Schluß leicht zu machen/ was von der so hochgerühmten alten über Menschen-Gedencken hergebrachten Gerechtigkeit und quasi ejus possessione zuhalten. Dann zugeschweigen/ daß

bereit Anno 1556. mehr als vor 100. Jahren von den D. widersprochen/auch gar geklaget/also die angemaste quasi possession interrumpirt worden/so haben die F. solch ihr prætendirtes jus im geringsten nicht erwiesen/wie sie doch propter obstantem libertatis præsumtionem zu thun schuldig. Quienim Servitutem in alieno prætendit, is eam probare tenetur, per tradita

Pet. Wesenb. *Cons. 43. n. 4. & 5.*

Und ob sie wol einen Zeugen abhören lassen/und etliche andere Behelffe angeführet/so seynd doch solche viel zu wenig. Als (2) die angezogne Statuta und Ordnungen von Anno 1540. unlauter und ohne deßen diesen strittigen Blumen-Besuch nicht decidiren oder entscheiden / noch den D. im geringsten præjudiciren können / cùm Statuta Civitatum Cives tantùm non extraneos adstringant,

arg. l. ult. ff. de Jurisdict.

Adde Benedictnm Carpzov. *in Jurisprudent. forens. pagin. 2. Const. 14. def. 53.*

So mag auch (3) deß zu H. abgehörten Zeugen Außsage den F. nichts vortragen: sintemal derselbe de factuoso gar zweiffelhafft deponirt, wie aus dem Extract Protocolls mit mehrerm zu sehen ist/da doch zum Beweiß dergleichen Gerechtigkeit erfordert wird daß ein Zeuge außsage/daß ihme bewust/daß Zeugen-Führer (wie diß Orts die F.) von undencklichen Jahren auff ihrer Nachbarn (diß Orts auff der D.) Aecker und Wiesen gehütet und getrieben/und daß er solches auch von seinen Eltern und Vorfahren und nie anders gehöret und erfahren habe / ut notat

Schneid. *ad tit. Inst. de usucap. d. t. de Spec. præscr. n. 37.*

Zu deme ist dieser Zeug unicus & singularis der keinen Zeugen neben sich hat: cujusmodi testis unici responsio omninò admittenda non est, etiamsi præclaræ Curiæ honore præfulgeat.

l. jurisjurandi 9. § 1. C. de test. ibique Gloss. & Dd.

(4) Der D. Bekanntnuß/darauff sich die F. bewerffen/rühret von einem Irrthum her/indem sich die D. auf einen Vergleich verlassen haben/der sich noch zur Zeit nirgends finden will; erronea autem confessio confitenti non præjudicat,

l. nihil 116. § fin. ff. de R. I.

Auch

Auch ist der D. Bekanntnuß nicht so general/wie die F. es deuten / sondern nur uff zween Tage in der Wochen / das übrige so die F. vorgeben/ als sollten sie auff der D. Wiesen und Gärten ohngehindert allezeit gehütet haben/gestehen sie weiter nicht/als daß solches etwan ohne ihr wissen/oder doch nur aus guter Nachbarschafft geschehen seyn müste / wie aus ihrer Exception Schrifft zu sehen ist. Quæ autem Jure Familiaritatis tolerantur, neque agenti Jus, neque patienti nullum adferunt Præjudicium,

l. qui Jure 4. ff. de acquir. & ammitt poss.

Post alios a se allegatos

Thom. Mich. Cons. à Klock *Edict. tom. 1. cons. n. 565. 566 & 567.*

Quemadmodum etiam in dubio aliquid jure potiùs Familiaritatis toleratum creditur, quàm ut juris renunciatio inducatur.

d. cons. 29. n. 560.

(5) Ist zwar nicht ohne/daß bereit Anno 1584. den 6. Octob. ein Bescheid von damaligen Herrn Schultheisen zu N. ergangen / allein nicht angenommen/sondern denselben so wol von den D. als so wol der Eigen-Herrschafft starck wiedersprochen worden / also solcher Bescheid niemals in rem judicatam erwachsen/oder zu einiger Würcklichkeit kommen / dannenhero auch den D. im geringsten nicht præjuicirlich seyn kan.

(6) Beruffen sie sich auff die posessionem vel quasi, alldieweilen sie in ihrem angemasten Gebrauch deß Juris pascendi so wol judicialiter als extraordinarie, so wol verbis, als re, (mit Pfandungen) unterschiedlich interpellirt, also in mala Fide constituirt werden. Dergleichen posessiones aber in Jure billich mit attendiret werden. Bleibet demnach bey so gestalten Sachen und Umständen/daß die F. ihre vorgeschützte alte Gerechtigkeit und dero Befugnuß/noch zur Zeit / wie sichs gebühret/ und sie zulthun schuldig/ nicht erwiesen/ also auch dabey mit Bestand Rechtens nicht geschützet werden mögen.

Anlangend die andere Frage/bin ich der Meynung/daß so wol den F. als D. am zuträglichsten wäre/diese Strittigkeit in der Güte hinzulegen theils gute Freund und Nachbarschafft zuerhalten / wie dann bereit vor diesem ein guter Anfang zu N. gemacht aber hernach von den F. nicht beliebet werden wollen / theils weil die Rechtfertigung grosse Unkosten und Spesen erfordern / wie viel mit ihren unwidersprechlichen Schaden erfahren; theils auch quoniam anceps & dubius solet esse litium eventus.

l. quod debet 51. ff. de peculio.

Lud. Schrader *de feudis part. 10. Sect. 1. n176.*

Daß man auch zu Zeiten in gerechter Sache verliehren und den Kürtzern ziehen kan.

Pet. Heig. *l. 2. q. 9. n. 10.*

Unde Advocati admonentur, ne clientibus suis victoriam promittant.

Cæs. Ulric. *ad Afflict. Dec. 392. n. 21.*

Menoch. *l. 2. de arbit. judic. quæst. cas. 344. n. 1.*

Ubi fumi venditores appellat, qui expeditum litis eventum clientibus suis pollicentur.

Sollten aber die F. zur Güte (wie es bißher das Ansehen gehabt) sich keines Wegs verstehen wollen/müsse man ihnen ihren Willen lassen/und weil sie deß löblichen Schultheisen Ambts cognition verworffen / es an die hochlöbliche Regierung zu Amberg bringen / da dann zu wünschen wäre / wann man sie die F. mit guter Manier zu Klägern machen könte/ so würde man erfahren/ob sie das possessorium oder petitorium ergreiffen möchten / und sich alsdann in ein und dem andern darnach zu richten haben.

LXXXI.

Herrn D. Andreæ Dünners Rechtliges Bedencken

Einen strittigen Viehe-Trieb betreffend/

DEr Stritt zwischen beyden Gemeinen S. und D. / habe ich nach Verlesung der mir zugestellten Acten, und gestrigen Tages eingenommenen Augenschein also befunden.

Die S. tanquàm confessoria agentes, geben vor/ daß sie nicht allein neben den D. in die zwey Espen / die Au und Wiener genannt / mit ihrer Heerd zu hüten und zu treiben / sondern auch das gantze Jahr/ und so wol stantibus als collectis fructibus, indefinito tempore, solchen gemeinen wunn und Waid zu besuchen/ Fug und Macht haben; Welches letztere nemlich/ daß die S. /auch zu geschlossenen Zeiten / oder fructibus stantibus/ deß Viehe-Triebs berechtiget / von den D. bißhero zum hefftigsten wiedersporchen worden.

Wiewol nun die S. dieses ihr Vorgeben durch einen Extract aus einem einem alten Marggräffischen Saalbuch zu erweisen vermeinen/ wie Copia solches Extracts bey den Acten sub L.B. zu finden. So kan doch gegenwärtiger Streit aus solchem erlegten Extract/ weilen er keiner Zeit Meldug thut/ (meines Erachtens) eigentlich nicht decidirt werden; Darum auch die D. die verba generalia berührtes Saalbuchs wegen deß hinzugesetzten Wörtleins Nachbarlich / vielmehr von offnen Zeiten und Brach-Jahren / als von geschlossenen Zeiten und Feldern deuten wollen. Welches mit dem übereinstimmet/ was der JCt.

in l. 9. ff. de Servitut.

Fast in simile specie decidirt in verbis: Civiliter modò: non quædam in sermone tacite excipiuntur.

Diesen Extract nun beyseits gesetzt/låst es sich wol fragen: An in dubio Jus paſcendi deberi præſumatur omni tempore etiam eo, quo fructus collecti nondum ſunt, ſive bey geschlossenen Feldern? dann uff den Fall solches de Jure præſumirt werden muste/ håtten die S. (sonderlich in petitorio Judicio) ihr Intention so lang fundirt/biß die D. das Widerspiel/ und daß ein Unterschied der Jahren und Zeiten zuhalten/ außführen würden. Propterea, quod ubi aliquid permiſſum eſt uno tempore, alio non eſt permiſſum, is qui agit, debet probare & oſtendere tempore illi citò aliquid factum vel commiſſum eſſe: Sicut in his ipſis terminis tradit,

Franciſc. Marcus. *deciſ. Delphinat. 223. n. 4.*

Aber diese Meynung kan in gegenwårtigen Fall nicht statt haben (1) quia Servitutes & inter eas Servitus pecoris paſcendi, ſunt odioſæ, ideoque interpretatione non extendæ

l. 8. C. de Serv. & aq.

(2) Quia in dubio pronunciandum eſt, pro Libertate contra Servitutum paſcendi in agris vicinis.

Aym. Gravett. *Conſ. 292. n. 3.*

(3) quia is, qui aſſerit Jus paſcendi quovis tempore indeſtincte ſibi competere fundat ſe in affirmativa, ideoque eam probare debet.

l. 2. ff. de probat & præſumt.

(4) Quia ita favere debemus Juri paſcendi, ne per illud agricultura impediatur.

Domin. Cardin. Tuſchus *in tom. 7. in verb Serv. concl. 213. n. 9.*

(5) Quia is, cui Servitus paſcendi competit, ſic eo jure uti debet prout vel convenit in conſtitutione ſervitutis, vel prout illa proſcripta eſt: tantùm enim præſcriptio intelligitur, quantum poſeſſum.

l. 1. § 4. ubi Bart. & alij ff. de itin. & act. priv.
arg. l. 1. § 6. ff. de poſ. & arg. l. 11. ff. de Serv. præd. urb.
Bart. Cæpoll. *de Serv. ruſt. præd. c. 9. n. 17.*

(6) Quia in re communi potior eſt conditio prohibentis,

c. in re com. 56. ✠. de Reg. Iur. in 6.

Wann

Wann dann die D. in ihren Schrifften allenthalben vorgeben / auch vor wenigen Tagen erst in ihrer Ableinung solches mit fünff denominirten Zeugen zuerweisen getrauen / daß sie den S. zu verschlossenen Zeiten in die obbemeldte zwey Espen zu treiben / nie gestattet / und in quasi possessione Juris prohibendi bey Menschen-Gedencken verblieben. Entgegen die S. außer des jenigen Extracts zum Beweiß ihres Juris indefiniti & circumscripti, biß dato nichts vorbringen können / es wäre dann daß sie sich noch auff Beweiß bewerffen.

Also schliesse ich dahin / daß vielgedachte D. noch zur Zeit (quoad possessorium) in quasi possessione libertatis und ihres hergebrachten Juris prohibendi bey geschlossenen Feldern geschützt / ihre vorgeschlagene Zeugen förderlich examinirt werden / und nach Befindung depositionis testium / auch in petitorio förderlichst Bescheid ergehe / damit also diesem Streit (so ohne das von schlechter Importanz) endlich abgeholffen möge werden.

FINIS.

Bayerische Staatsbibliothek MÜNCHEN

Wann dann die D. in ihren Schrifften allenthalben vorgeben / auch vor wenigen Tagen erst in ihrer Ablehnung solches mit fünff denominirten Zeugen wie weisen ertrauen / daß sie den S. zu verschlossenen Zeiten in die Abbtey [illegible] zu tractiren/ und gesessen / und in quasi possessione Juris prohibendi bey Straff am Schaden verbitten. Entgegen diese, außer des ienigen Extracts zum Beweiß ihres Juris [illegible] circumscripti, biß dato nichts vorbringen können / es wäre dann daß sie sich noch auff Beweiß beweissen.

Also schließe ich dahin daß [illegible] D. noch zur Zeit (quoad possessorium) in quasi possessione libertatis, und ihres hergebrachten Juris prohibendi den geschlossenen Zeiten geschützt / ihre vorgeschlagene Zeugen förderlich examiniret werden / und nach Befindung depositionis testium / auch in petitorio förderlich [illegible] / damit also dieser Streit (so ohne das von schlechter Importantz) endlich abgeschafft möge werden.

FINIS.

BSB Bayerische StaatsBibliothek
MDZ Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Ludwell, Wilhelm,

Sambt und Sondere Rechts-Aussprüche und Belehrungen über Zerschiedene und rare Rechts-Fälle

Nürnberg und Brün 1712

Bavar. 5197 a
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10388139-6
VD18 10277277-004